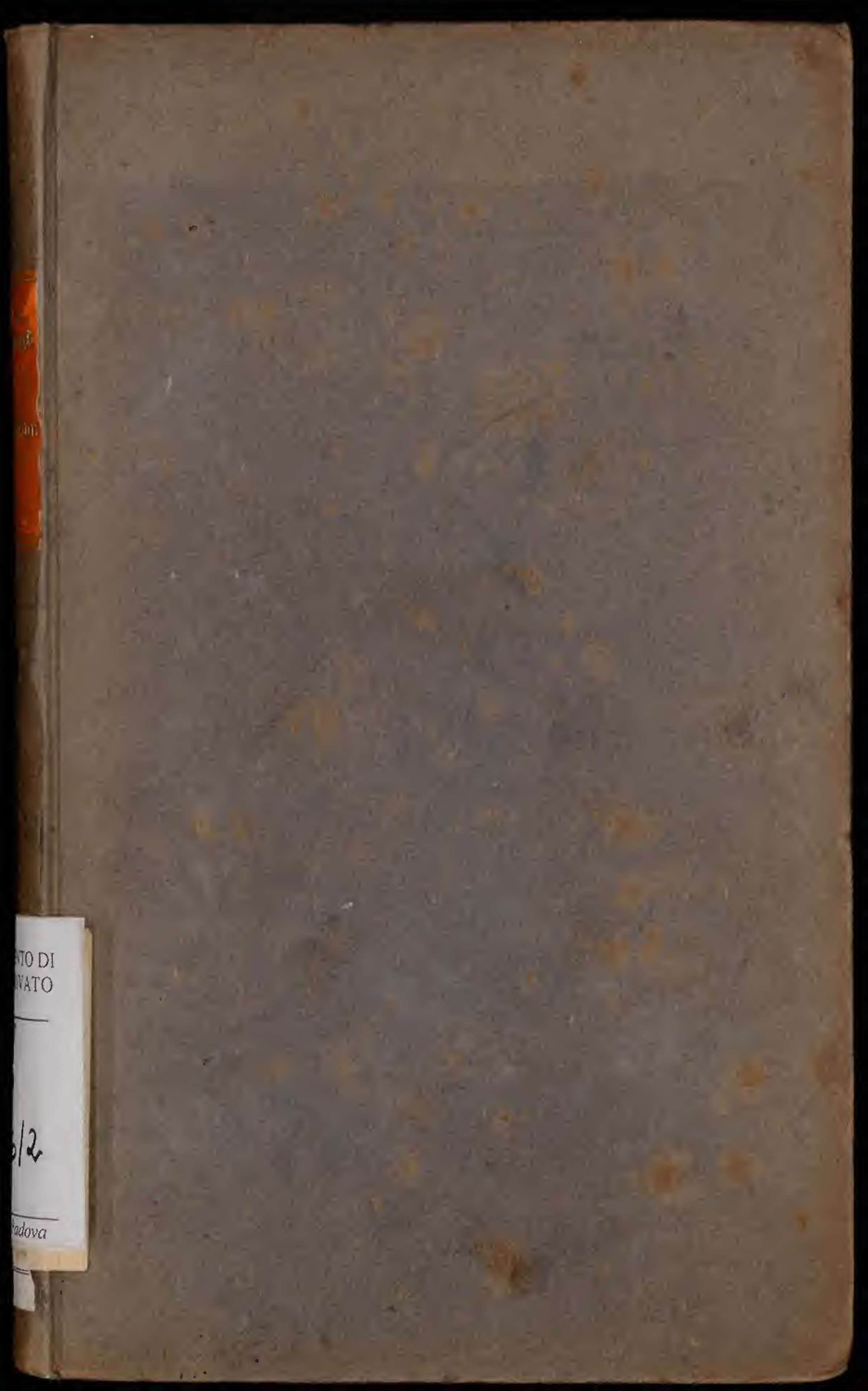

NTO DI
VATO
/2
Padova

Ausbeute

von

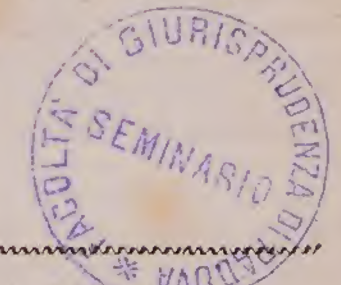
Nachforschungen

über verschiedene

Rechtsmaterien.

Von

Dr. F. C. Gesterding



Sechsten Theiles zweite Abtheilung.

Greifswald,
bei C. A. Koch.

1838.

Inhalt.

I.

Abhandlungen
über die Gewähr der Mängel.

---

1) Unrichtige Angabe des Alters oder des Vaterlandes oder der Abstammung bei Thieren, besonders bei Pferden, ist ein Grund zur Redhibition.

Was ein Verkäufer im Allgemeinen sagt, um seine Waare zu loben, macht ihn bekanntlich nicht verbindlich [1]). Laudat venales, qui vult extrudere merces [2]). Auch das deutsche Sprichwort sagt: jeder Verkäufer lobt seine Waare. Wenn es sich damit auch nicht bestätigt, wird es ihm dennoch zu Gute gehalten, und mit dem Wunsch, die Sache an den Mann zu bringen, der sich darin ausspricht, entschuldigt. So lange er bei allgemeinen Aeußerungen über die Güte der Waare stehen bleibt, täuscht er auch den Käufer so leicht nicht, welcher dergleichen schon zu würdigen weiß. Er wird wenigstens nicht aus dem Edict der Aedilen und auch nicht aus dem Kauf, als sey *contra dictum promissumve*

[1]) L. 19. pr. et §. 3. D. de aed. Edicto. L. 43. pr. D. de contrah. emt.

[2]) *Horat.* Epist. lib. 2. ep. 1. v. 11.

gehandelt, verbindlich, wiewohl eine *actio de dolo* nach Umständen gegen ihn möglich ist [3]). Aber anders ist es bei Lobeserhebungen und Aussagen, die in's Einzelne gehen. Hat nämlich der Verkäufer von gewissen besonderen guten Eigenschaften oder Tugenden ausgesagt, daß sie bei der Sache vorhanden seyen, oder hat er von gewissen Mängeln oder Untugenden versichert, daß die Sache frei davon sey, so muß er für die Wahrheit seiner Aussagen und zwar gerade eben so haften, als wenn er versprochen hätte, dafür zu haften [4]). Keine Ausrede kann ihn schützen, als die ihn gegen ein Versprechen geschützt haben würde. *Dictum* hält hier mit *Promissum* gleichen Schritt. Das römische Recht stellt Beides als gleichbedeutend, als etwas, wovon das Eine die Stelle des Anderen vertreten könne, beisammen. Es nimmt nichts aus, es bedient sich der allgemeinsten Ausdrücke, indem es den Verkäufer verbindet, überhaupt für alles zu haften, was *contra dictum promissumve*, beziehungsweise, fehlt oder da ist.

1. *L.* 17. §. 20. *D. de aedil. Edicto.*

Si quis affirmaverit aliquid adesse servo, nec adsit, vel abesse, et adsit, utputa si dixerit, furem non esse, et fur sit, aut si dixerit, artificem esse, et non sit, hi enim, quia, quod asseveraverunt, non praestant, adversus dictum promissumve facere videntur.

---

[3]) *L.* 37. *D. de dolo.* Quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum, quasi neque dictum, neque promissum sit. Si vero decipiendi emtoris causa dictum est, aeque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio detur.

[4]) L. 18. pr. et §. 1. D. de aed. Edict. L. 19. §. 4. D. eod.

2. *L*. 38. §. 10. *D. eod.*

Non tantum autem ob morbum vitiumve redhibitio locum habebit in jumentis, verum etiam, si contra dictum promissumve, erit locus redhibitioni, exemplo mancipiorum.

Es ist eben nicht erforderlich, daß der Handel unmittelbar nach jener Aussage zu Stande gekommen ist, vielmehr kann, wie aus gewissen Stellen hervorzugehen scheint, die Zeit der Aussage von der Zeit des Abschlusses des Handels durch Tage u. s. w. geschieden seyn [5]), ohne daß der Verkäufer deshalb weniger verbunden wäre, für die Wahrheit seiner Aussage zu haften. Und in der That wirkt ja jene Aussage immer fort, bis der Käufer, was sein Gegner beweisen müßte, von ihrer Falschheit unterrichtet worden ist; wenigstens muß sie so lange verbindlich seyn, bis der Handel völlig abgebrochen ist.

Wenn die guten oder schlechten Eigenschaften der Sache nicht äußerlich sichtbar sind — wie hier ja vorausgesetzt wird —, so muß der Käufer darüber, daß sie vorhanden sind oder beziehungsweise fehlen, den Angaben des Verkäufers, der seine Sache, die er dem anderen verkaufen will, kennt oder kennen muß, ja der durch jene Aussage seine Kenntniß versichert, trauen und sich auf sie verlassen. Wußte er, daß seine Aussage falsch sey, so hinterging er den Käufer; wußte er es nicht, so handelte er unerlaubt, daß er etwas behauptete, wovon er nicht wußte, daß es sich so verhielt [6]). Es wäre zwar möglich, daß er sich geirrt

---

[5]) L. 19. §. 6. L. 20. D. de aed. Edicto.

[6]) *L*. 13. §. 3. *D. de act. emt. et vend.* Non debuit facile, quae ignorabat, adseverare.

hätte, allein dieser höchst seltene Fall, der ohnehin gewöhnlich auf Verschuldung beruhen würde, könnte von den Gesetzen nicht berücksichtigt werden und ist es wenigstens nicht worden.

Besonders kann es keinen Zweifel leiden, daß unrichtig befundene Angabe des Alters bei Thieren den Käufer berechtige, von dem Handel zurückzutreten. Es kann zwar das Alter so wenig zu den Fehlern, als die Jugend zu den Tugenden gerechnet werden, aber die Zahl der bereits verlebten Jahre ist doch bei Thieren, zumal bei solchen, die bloß zur Arbeit gebraucht werden, die erst mit einem gewissen Alter dazu tauglich und nach einem gewissen Alter mit jedem Tage weniger dazu geschickt sind, ja die am Ende ganz unbrauchbar werden und allen Werth verlieren, namentlich bei Pferden, einer der wichtigsten Punkte, wonach der Käufer nie unterläßt zu fragen, wonach er vor allem anderen frägt, der ihn mehr, wie sonst einer, bewegt, den Handel zu schließen oder davon abzustehen, und der auf alle Fälle auf die Größe des Preises von dem größten Einfluß ist. Indem der Verkäufer das Alter unrichtig angibt, erregt er in dem Käufer unrichtige Vorstellungen über das Object und dessen Beschaffenheit; der Käufer macht sich, durch ihn irre geführt, Erwartungen über die Sache und was sie ihm seyn und leisten wird, die nicht befriedigt werden und nicht befriedigt werden können. Durch diese von ihm erregten unrichtigen Vorstellungen und Erwartungen bewirkt er, daß der Käufer einen Handel schließt, den er, von der Wahrheit unterrichtet, nicht geschlossen haben, oder daß er mehr für die Sache gibt, als er sonst gegeben haben würde.

Unter den allgemeinen Ausdrücken, deren sich das römische Recht bedient, ist auch das Alter begriffen; ja dieß ist gerade einer der wichtigsten Punkte, so daß die Anwendbar-

keit der Regel fast in allen übrigen, nicht namentlich genannten Fällen eher, als in diesem bezweifelt werden könnte, wenn es ja Jemanden einfallen sollte, das „*qui totum dicit, nihil excludit*“ für alle Fälle dieser Art nicht anzuwenden, und die Ausnahme nicht vielmehr einer besonderen Begründung bedürfte, als die durch das Gesetz einmal gegebene Regel. Man könnte allenfalls einwenden, die Zeit sey nichts Wirkliches und könne weder zu dem, was da ist, noch zu dem, was fehlt, gerechnet werden, allein eines Theils würde man sich zu sehr an die Worte binden und mehr, als es die von Ulpian angeführten Beispiele zulassen, zweitens würde daraus allenfalls nur folgen, daß die Regel, die Ulpian gibt, auf Fälle dieser Art nicht anzuwenden sey; es würde dieser Grund nur gegen die Beweiskraft der einen Stelle (L. 17. §. 10. D. de aed. Edicto) gerichtet seyn. Es gibt aber andere gesetzliche Aeußerungen, die noch allgemeiner lauten und wenigstens noch besser auf Fälle dieser Art passen.

Si quid venditor *de mancipio affirmaverit*, idque non ita esse, emtor queratur, — agere potest [7]).

Und was kann allgemeiner seyn, als daß der Verkäufer für alles, was *contra dictum promissumve* ist, haften soll.

L. 38. §. 10. *D. de aed. Edicto.*

Non tantum autem ob morbum vitiumve redhibitio locum habebit in jumentis, verum etiam, si contra dictum promissumve, erit locus redhibitioni, exemplo mancipiorum.

---

[7]) L. 18. pr. D. de aed. Edicto.

Schon im Edict der Aedilen selbst war dem Käufer die actio redhibitoria versprochen,

si mancipium, — *adversus quod dictum promissumve fuerit*, cum veniret, *fuisset* [8]).

Kurz, der Verkäufer soll überhaupt für die Wahrheit seiner Aussage über die Waare haften. Daß dieser Rechtssatz namentlich auf das Alter anzuwenden sey, kann deshalb nicht bezweifelt werden, weil im römischen Recht des Alters in dieser Hinsicht nicht namentlich Erwähnung geschehen ist. Es konnte eben so wenig nöthig als zweckmäßig seyn, ja es war nicht einmal möglich, alles, was über Waaren und deren Eigenschaften und alles, was sich auf sie bezieht, nur irgend ausgesagt werden kann, anzuführen. Genug der Verkäufer muß, wie erwähnt ist, für alles haften, was er von der Waare gerühmt oder versichert hat, versteht sich, wenn es irgend auf den Handel, auf die Schließung desselben oder auf die Größe des Preises von Einfluß seyn kann. Auch gibt es einige Stellen, die hier eine Erwähnung verdienen und welche es noch mehr bestätigen, daß Aussagen über das Alter nicht ausgeschlossen sind und ein Verkäufer auch über das Alter nicht lügen dürfe. Nach einer Stelle muß ein Sclavenhändler, der einen alten Sclaven für einen jungen, einen *veterator* für einen *novitius* verkauft hat, wie Sclavenhändler zu thun pflegten, um einen höheren Preis herauszubringen, indem ein junger Sclave, wie der Rechtsgelehrte sagt, zur Arbeit geschickter und gelehriger ist, als ein alter, den Sclaven auf Verlangen des Käufers zurücknehmen, — es müßte denn der Käufer von dem wahren Alter des Sclaven unterrichtet gewesen, also nicht wirklich irre geführt

---

[8]) L. 1. §. 1. D. de aed. Edicto.

seyn [9]). Ferner ist ein Grund zur Redhibition, wenn Jemand alte Kleider beim Verkauf für neue ausgegeben [10]). Noch eine andere Stelle scheint hier zu passen, die zwar nicht unmittelbar vom Alter, aber von etwas Aehnlichem handelt, nämlich vom Vaterlande. (Jenes bezieht sich auf die Zeit, dieses auf den Ort.) Bei Sclaven soll nämlich der Verkäufer das Vaterland sogar angeben — und, wie sich von selbst versteht, richtig angeben; denn wer das Vaterland unrichtig angibt, hat es nicht angegeben. Der Grund ist, weil das Vaterland — gerade wie dieß auch beim Alter der Fall ist — nach seiner Verschiedenheit den Käufer zum Handel anlockt oder davon zurückschreckt [11]).

---

[9]) *L.* 37. *D. de aed. Edicto.* Praecipiunt Aediles, ne veterator pro novitio veneat. Et hoc edictum fallaciis venditorum occurrit; ubique enim curant Aediles, ne emtores a venditoribus circumveniantur. Ut ecce plerique solent mancipia, quae novitia non sunt, quasi novitia distrahere, ad hoc scilicet, ut pluris vendant; praesumtum est enim, ea mancipia, quae rudia sunt, simpliciora esse, et ad ministeria aptiora, et dociliora, trita vero mancipia et veterana difficile esse reformare, et ad suos mores formare. Quia igitur venaliciarii sciunt, facile decurri ad novitiorum emtionem, idcirco interpolant veteratores et pro novitiis vendunt. Quod ne fiat, hoc edicto Aediles denunciant; et ideo, si quid ignorante emtore ita venierit, redhibebitur.

[10]) *L.* 45. *D. de contr. emt.* Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori praestandum, quod interest, si ignorans interpola emerit. Quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait: si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit; quemadmodum et si quis aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet. — Westphal vom Kauf §. 413.

[11]) *L.* 31. §. 21. *D. de aed. Edicto.* Qui mancipia vendunt,

Es lehren auch die alten Rechtsgelehrten, das Alter und nicht nur das Alter, sondern auch das Vaterland und auch die Abstammung müsse der Verkäufer bei Thieren, namentlich bei Pferden, gleichwie das Geschlecht gewähren und was er in dieser Hinsicht ausgesagt habe, das müsse sich bestätigen, sonst sey der Käufer zur Redhibition berechtigt [12]).

---

nationem cujusque in venditione pronuntiare debent; plerumque enim natio servi aut provocat aut deterret emtorem. Idcirco interest nostra, scire nationem; praesumtum etenim est, quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quae majis infamis est. Quod si de natione ita pronuntiatum non erit, judicium emtori omnibusque, ad quos ea res pertinebit, dabitur, per quod emtor redhibet mancipium. — Voet (ad Dig. h. t. §. 1.) erklärt es für etwas, was nur beim Verkauf von Sclaven zu beobachten sey, für ein singulare in venditione mancipiorum, daß der Verkäufer das Vaterland angeben müsse.

12) *Donell.* com. jur. civ. 13. cap. 3. *Roevestrunck* med. aedil. lib. 1. cap. 5. nr. 30 sq. Namentlich über das Alter schreibt derselbe Folgendes: Vel si certorum annorum, qui tamen dictos annos aliquo intervallo aut nondum attigerit aut excesserit eaque propter emtoris usui non sit accommodus, in causa redhibitionis erit. Ante annum enim tertium laboribus exantlandis infirmior, post septimum senescere, post sextum decimum inutilis aetatis esse dicitur. *Varro* lib. 2. cap. 7. rei rust. Ideo aetatis rationem habere multum expedit. Tametsi vero juventutis annos dentes, (*Aristotel.* lib. 6. histor. animal. cap. 22.) post nodi in cauda enati demonstrent, fallere tamen haec indicia ementem possunt. Ich führe diese Stelle hauptsächlich nur an wegen der Stelle aus Varro und weil man im Allgemeinen sieht, wie der Verfasser das Alter zu den Gründen der Redhibition rechnet. Im Einzelnen ist dagegen Manches zu erinnern. Denn 1. ist in einzelnen Fällen gar nicht danach zu fragen, ob das Pferd, ungeachtet es älter ist, als der Verkäufer angegeben, zum Gebrauch des Käufers dennoch tauglich sey,

genug daß das Alter auf den Handel und dessen Eingehung oder die Größe des Preises von Einfluß gewesen ist oder vielmehr von Einfluß seyn konnte. Das Gesetz ertheilt das Recht der Redhibition, wenn sich das nicht bestätigt, was der Verkäufer von der Waare gerühmt hat, dabei bleibt es stehen; dabei müssen auch wir stehen bleiben und wir dürfen allenfalls hinzusetzen, wenn es so etwas ist, was auf den Handel von Einfluß seyn kann; denn das versteht sich. Hingegen haben wir kein Recht hinzuzusetzen, der Käufer müsse dadurch zur Eingehung des Handels bewogen seyn und dieß wohl gar beweisen; dadurch würden wir aufhören, Rechtsgelehrte zu seyn und uns zu Gesetzgebern erheben; nebenher würden wir dadurch zugleich beweisen, daß wir dazu nicht tauglich sind, wenigstens unsern Beruf dazu sehr verdächtig machen. Das Gesetz hat das Recht der Redhibition an jene Schranken nicht gebunden; es unterscheidet nicht und fragt nicht, ob in einzelnen Fällen der Käufer durch den Glauben an das Vorhandenseyn der gerühmten guten Eigenschaften oder die Abwesenheit gewisser Fehler zur Eingehung des Handels bewogen sey oder ob er ihn auch ohne das und ganz auf dieselbe Art geschlossen haben würde; folglich dürfen auch wir so nicht unterscheiden und so nicht fragen. Lege non distinguente, nec nostrum est, distinguere. 2. Kann es in Fällen, da ein Verkäufer etwas von der Sache ausgesagt hat, nicht darauf ankommen, ob das Gegentheil sichtbar ist oder nicht. Die Aussage bindet wie ein Versprechen, und der Einwand, der Käufer habe das Gegentheil sehen können, kann dagegen gar nicht in Betrachtung kommen. Wohl aber könnte es in Betrachtung kommen, wenn er das Gegentheil gesehen hätte. Davon kann hier nicht die Rede seyn, da das Alter nicht sichtbar ist, sondern nur aus gewissen Merkmalen geschlossen werden kann, die, wie Röveftrunck selbst sagt, nicht sicher sind. Uebrigens muß man auch ein Kenner seyn, um an den äußerlichen Merkmalen das Alter erkennen zu können.

---

2) Selbsthülfe bei der Redhibition.

Wenn ein Grund zur Redhibition vorhanden ist, und der Verkäufer weigert sich, die Waare, z. B. das Pferd, zurückzunehmen, dann pflegten wohl die alten Rechtsgelehrten dem Käufer den Rath zu geben, er solle sie dem Verkäufer nur geradezu zurückschicken und nöthigenfalls an die Thür binden. Andere sorgten wieder für den Verkäufer, welchem die Waare auf solche Art wieder aufgedrungen werden soll. Damit es nämlich auf Seiten seiner nicht scheine, als lasse er sich die Zurückgabe gefallen und es solle der Handel mit seinem Willen auseinandergehen, so rathen sie ihm, er solle in solchen Fällen auch nicht blöde seyn, vielmehr das Pferd zum Käufer zurückführen und es ihm wieder an die Thür binden — oder, wenn er das nicht will, vor Notarius und Zeugen sich verwahren, obwohl er das Pferd nicht wieder zurückgeschickt habe, sey es seine Meinung keineswegs, dem Käufer nachgeben und die Waare zurücknehmen zn wollen, sondern er habe

das Pferd u. s. w. bloß an sich genommen, damit es nicht umkomme u. s. w. [1]).

Dem Verkäufer haben die Rechtsgelehrten einen ganz guten Rath gegeben; einen besseren wird er sich in manchen Fällen selbst geben; was aber den Käufer betrifft, so hätten sie von dem, was sie gerathen haben, sogar abrathen sollen. Für ihn, welcher darauf ausgeht, daß ein erlittener Schade wieder gut gemacht, nicht aber vermehrt werde, ist es ein großes Wagstück, was leicht zu seinem Nachtheil ausschlagen kann, wenn er dem Verkäufer, während dieser die Verbindlichkeit zur Zurücknahme bestreitet, die Sache aufzudringen sucht, sie ihm an die Thür bindet u. s. w. Es könnte dieß höchstens nur dann rathsam seyn, wenn er seiner Sache völlig gewiß wäre, wenn er mit Gewißheit wüßte, daß er den Sieg davon tragen wird. Aber wie kann er das, da sich ja das Schicksal eines Processes nicht vorhersehen läßt und das größte Recht an der Einfalt der Richter, Versäumniß, Nachlässigkeit Anderer u. s. w. scheitern kann. Und selbst, wenn er es könnte, würde es wohl rathsam seyn, die Sache aus den Händen zu geben, wenn er nicht sein Geld dagegen zurückerhält? Zwar kann es seyn, daß die Sache ihm zur Last wird, daß er im Besitz der Sache z. B. genöthigt ist, Kosten auf sie zu verwenden; aber für diese Kosten, z. B. den Unterhalt erkaufter Thiere, entschädigt ihn der Gebrauch, den er von ihnen machen kann, und in anderen Fällen bleibt ihm das Recht, Vergütung zu fordern. Ferner kann es seyn, daß ein erkauftes Thier stirbt, überhaupt die erkaufte Waare zu Grunde geht. Allein dieß, was

---

[1]) *Struvii* syntagma h. t. §. 8. nota 3. p. 76; *Stryck* usus mod. h. t. §. 29.

auch beim Verkäufer sich hätte ereignen können, schadet, wie wir hören werden, wenn er nur den Untergang nicht verschuldet hat, dem Käufer nicht; es ist vielmehr auf das Recht der Redhibition ohne allen Einfluß. Wozu also jene Maßregel, die keinen Nutzen verspricht, wohl aber schaden kann? Selbst wenn der Käufer den Sieg davon trägt, kann sie ihm schaden. Denn gesetzt z. B., der besiegte Verkäufer befindet sich nicht in der Lage, das Kaufgeld zurückgeben zu können, hat er sich dann nicht geschadet, wenn er die Sache aus den Händen gab, ohne den Preis zurückzuerhalten? Er hat sich selbst des Mittels beraubt, wodurch er sich seines Schadens wenigstens einigermaßen hätte erholen können, indem er nämlich immer nicht genöthigt werden könnte, von seinem Siege auch wider seinen Willen Gebrauch zu machen.

Besser ist es also, er klagt und wartet das Ende des Processes ab. Siegt er, so wird der Beklagte, welcher vom Richter verurtheilt ist, das Geld zurückzugeben, von selbst nicht verfehlen, die Waare zurückzunehmen, ohne daß der Käufer nöthig hätte, sie ihm an das Haus oder an die Thür zu binden. Ueberhaupt scheint diese Maßregel eine unpassende Verbindung von Selbsthülfe und Anrufung der Hülfe des Staats zu enthalten. Will der Kläger auf Redhibition klagen, so muß er den Ausspruch des Richters erwarten, ob dieser Fall zur Redhibition geeignet sey. Der Richter, der ihm zu seinem Gelde verhelfen soll, muß erst urtheilen, ob der Verkäufer verbunden sey, die Waare zurückzunehmen. Und diesem Urtheil greift der Kläger vor, wenn er die Waare vor ausgemachter Sache zurücksendet. Indessen ist auf der anderen Seite Folgendes in Betrachtung zu ziehen. Vorausgesetzt, daß er nur den Proceß gewinnt, kann es ihm de jure immer nicht schaden, wenn er dasjenige, was

im Urtheil ihm auferlegt wird, schon vor dem Urtheil erfüllte. Die Pflicht und damit zugleich das Recht, die Sache zurückzugeben, die der Kläger, ehe er es nöthig hatte, erfüllte, entstand nicht erst durch das Urtheil, sondern war schon vormals vorhanden; nur daß ihr Vorhandenseyn jetzt erst ausgesprochen ist. Der Käufer hat nur gewagt, das jetzt anerkannte Recht zu einer Zeit auszuüben, da es noch nicht anerkannt war; hingegen von einem anderen Recht, was ihm entschieden und unter allen Umständen zustand, nämlich die Sache während des Rechtsstreits zu behalten, sie zu besitzen und zu benutzen, hat er keinen Gebrauch gemacht. Rathsam ist jedoch ein solches Verfahren auf keinen Fall, schon in Rücksicht auf den zu führenden Beweis nicht. Es wird hier ja vorausgesetzt, daß der Verkäufer die Verbindlichkeit, die Sache zurückzunehmen, bestreitet und der Käufer auf Aufhebung des Handels geklagt hat. In Fällen dieser Art ist Beweis erforderlich und zu dem Ende müssen Kunstverständige herbeigerufen oder es müssen gemeine Zeugen aufgestellt werden und ihnen muß die Sache, worüber sie ihr Gutachten oder Zeugniß abgeben sollen, vorgelegt werden. Wie nun, wenn der Käufer sie zurückgeschickt, der Verkäufer sie nicht angenommen, das Pferd z. B. von der Thür wieder losgebunden und seinem Schicksal überlassen hat? Jetzt fehlt das Object, es fehlt, wenn auch nicht in allen Fällen, doch sehr häufig, der Beweis und mit dem Beweise — der Sieg.

3) Liegt der Inhalt des Edicts über die Gewähr der Mängel schon in der Natur des Kaufs?

Von den Grundsätzen, welche die Aedilen wegen Gewähr der Mängel verkaufter Sachen aufgestellt haben, läßt sich zuvörderst wohl eben nicht behaupten, daß sie in ihrer Allgemeinheit schon in der Natur der Sache dermaßen gegründet wären, daß sie auch ohne positive Gesetze vorhanden seyn würden; vielmehr nach natürlichem Recht würde, glaube ich, der Verkäufer bloß positiver falscher Angaben über die Beschaffenheit der Waare sich enthalten müssen, überhaupt den Käufer nicht *committendo* täuschen und dadurch zur Eingehung des Handels verleiten dürfen; und hätte er hiergegen gefehlt, so würde der Handel ungültig seyn und zwar ohne Unterschied, ob der Käufer den Handel gar nicht oder ob er ihn nicht in dieser Art geschlossen haben würde [1]).

[1]) Die Art, wie der Handel geschlossen ist, läßt sich von dem Handel nicht trennen — wenn man nicht etwa annehmen will, daß das Gesetz statt der Contrahenten den Contract schließen oder in den Handel

Hingegen bloßes Verschweigen vorhandener Mängel würde auf die Gültigkeit des Handels schwerlich von Einfluß seyn können. Verbergen durfte der Verkäufer die Fehler nicht, aber den Käufer damit bekannt zu machen, hatte er eben auch nicht nöthig; wiewohl das Gegentheil unsittlich ist, scheint es nicht gerade unerlaubt zu seyn. Man kann in solchen Fällen gar nicht sagen, daß der Verkäufer den Käufer betrogen habe. Wenn dieser sich von der Sache, die er kaufen will, eine falsche Vorstellung macht, so wird sie nicht durch den Käufer erregt, sondern er selbst erregt sie sich. Was berechtigte ihn, sich die Sache als eine fehlerfreie vorzustellen? Und welche Verbindlichkeit hatte der Verkäufer, ihm den Irrthum, wenn einer vorhanden war, zu benehmen? Der Käufer hätte sich besser vorsehen sollen. Indem er die Sache ohne allen Vorbehalt kaufte, gab er dadurch zu erkennen, daß er mit ihr, wie sie ist, zufrieden sey. Es würde also auch hier der Grundsatz anwendbar seyn: Res qualis est, talis dari debet.

Indessen sind die Grundsätze, welche die Aedilen aufgestellt haben, wenn sie auch nicht schon dem natürlichen Recht gemäß sind, wenigstens in den Hauptstücken sehr zu loben; sie helfen unter Menschen, wie sie sind, einem dringenden

---

reden dürfe — und namentlich wird durch Veränderung des Kaufpreises der Handel in seinen wesentlichen Merkmalen verändert, es wird ein ganz anderer und neuer Handel geschlossen, ein Grundsatz, den das römische Recht selbst, namentlich auch bei bloßer Verminderung des Kaufpreises aufstellt (L. 72. D. de contr. emt.). Ob der Käufer einen anderen Handel geschlossen haben würde, danach ist gar nicht zu fragen. Genug, daß er einen anderen Handel nicht geschlossen hat und genug, daß er diesen (wirklich geschlossenen) nicht geschlossen haben würde.

Bedürfniß ab, entziehen der Unredlichkeit ihre Beute, schützen den Käufer gegen unbilligen Nachtheil und befördern auf solche Art den Verkehr unter den Menschen; ja man kann wohl sagen, was die Aedilen verordnet haben, sey gerade so, wie es billig seyn müsse, und könne nicht wohl anders seyn. Woher rührte es sonst, daß Laien, wie ich oft bemerkt habe, die Grundsätze desselben — nicht bloß die Hauptgrundsätze — richtig anwenden, so als kennten sie selbige, wenn sie selbige doch nicht kennen? Daher werden diese Grundsätze bei allem Wechsel der Zeiten sich auch immer erhalten. Wer eine Sache verkaufen will, soll die Fehler und Mängel der Sache dem Kaufliebhaber offen anzeigen; für das, was er von der Sache gerühmt hat, soll er eben so haften, als wenn er versprochen hätte, dafür zu haften; handelt der Verkäufer dagegen, soll der Handel zurückgehen, als wäre er nie geschlossen u. s. w. Was kann vernünftiger seyn? Bei Mängeln, die nicht sichtbar sind, muß der Käufer sich ganz auf die Ehrlichkeit des Verkäufers verlassen; aller Verkehr müßte aufhören oder würde wenigstens sehr gehindert werden, wenn der Käufer erst eine Untersuchung darüber anstellen sollte, ob die Sache, die er kaufen will, nicht etwa mit verborgenen Mängeln behaftet ist, und sie würde ihn in den meisten Fällen nicht einmal zu einem sicheren Resultat führen.

Die Grundsätze, welche die Aedilen aufgestellt haben, sind aber nicht nur sehr vernünftig, sie stimmen auch mit sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts wohl zusammen. Im römischen Recht ist es allgemeiner Grundsatz, daß ein Contrahent gegen den anderen durchaus ehrlich und aufrichtig zu Werke gehen müsse; Arglist und Gefährde müssen in jeder Hinsicht entfernt bleiben. Diese Regel gilt bei allen Contracten; die Verletzung derselben bringt nur nicht bei al-

len dieselbe Wirkung hervor. Bei allen Contracten ist, mit dem eigenen Ausdruck des römischen Rechts, bona fides zu gewähren. Die Idee, von welcher die Römer hiebei ausgingen, war vielleicht: Indem Jemand mit uns einen Contract schließt, vertraut er unserer Redlichkeit; dieß Vertrauen dürfen wir nicht täuschen, vielmehr muß jeder dem Vertrauen des Anderen zu entsprechen suchen. Daher wohl der Ausdruck: bona fides und der Grundsatz, kein Contrahent dürfe contra bonam fidem handeln. Diese spielt überhaupt im römischen Recht, besonders aber bei Contracten, eine sehr wichtige Rolle; hier fordert sie bald etwas, bald duldet sie etwas nicht [2]). Die Contrahenten müssen sie zur Richtschnur nehmen nicht bloß bei Schließung des Contracts, sondern auch, wenn von der Erfüllung desselben die Rede ist [3]). (Denn bona fides erfordert, daß Jemand sein gegebenes Wort hält [4]), er muß daher auch alles unterlassen, was ihn dazu unfähig macht [5]). Mit bona fides stehen fraus und malitia in Feindschaft; sie sind gerade das Gegentheil von ihr [6]). Bona fides ist Abwesenheit von Arglist und Gefährde (und wohl noch etwas mehr) und bonam fidem praestare heißt machen, *ut dolus*

---

[2]) Z. B. L. 24. D. Loc. L. 11. L. 24. D. Depositi. L. 57. D. de reg. jur. L. 50. D. de act. emt. L. 3. C. de rescind. vend. L. 22. C. de locat. et cond.

[3]) L. 7. §. 7. 9. 10. 11. D. de pactis. L. 4. C. de obl. et act. L. 21. D. de rebus dubiis. L. 31. D. Depositi.

[4]) L. 13. D. Com. div. L. 21. D. Locati. L. 22. C. eod. L. 11. D. de act. emt.

[5]) L. 68. §. 2. D. de contrah. emt.

[6]) L. 3. §. 3. D. Pro socio. — fides bona contraria est fraudi et dolo. L. 35. pr. D. Loc. L. 1. C. de rescind. vend. L. 5. eod.

malus absit [7]). — Dabei ist es ohne Zweifel die Meinung des römischen Rechts, daß Betrug nicht bloß durch unwahre Aussage oder positive auf Täuschung gerichtete Handlungen begangen wird, sondern auch durch Verschweigen, nämlich durch Verschweigen solcher Umstände, deren Kenntniß den Anderen von Schließung des Handels zurückhalten würde, und überhaupt, die ohne Nachtheil des Anderen ihm nicht verschwiegen bleiben dürfen. Die Reticentia ist überhaupt eine von den Arten, wie nach römischem Recht der Betrug sich äußert. Es geht dieß unter andern aus demjenigen hervor, was im römischen Recht über Betrug gerade beim Kauf enthalten ist. Denn namentlich auch beim Kauf, der bekanntlich zu den contractibus bonae fidei gehört, gilt der Grundsatz: dolus malus abesse debet; besonders auch hier sind die Contrahenten einander bonam fidem schuldig [8]). Diese Pflicht übertritt namentlich der Verkäufer, wenn er Gerechtigkeiten — *onera servitutum* — verhehlt, von denen er weiß, daß sie auf dem Grundstück haften [9]). Ja, er ist sogar ob dolum verantwortlich, wenn er die jura servitutum, von denen er weiß, daß sie dem Grundstück zustehen — die s. g. Activservituten — dem Käu-

---

[7]) L. 68. pr. D. de contrah. emt.

[8]) L. 6. §. 8. L. 13. §. 16. D. de act. emt. L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. L. 43. §. 2. D. eod. L. 68. pr. et §. 1. D. eod.

[9]) *L. 1. §. 1. D. de act. emt.* Si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel emta est. *L. 6. §. 9. D. eod.* Si venditor sciens obligatum, aut alienum vendidisset, et adjectum sit, *neve eo nomine quid praestaret*, aestimari oportet dolum malum ejus, quem semper abesse oportet in judicio emti, quod bonae fidei sit.

fer nicht angezeigt hat [10]). Ferner, wenn ein Käufer im Irrthum sich befindet, der von der Wahrheit unterrichtet, den Handel nicht geschlossen haben würde, und der Verkäufer den Irrthum bemerkt und ihn nicht aus dem Irrthum zieht — et sciens errare eum venditor passus sit — fehlt dieser durch Unterlassen und der betrogene Käufer ist an den Handel nicht gebunden [11]). Eben so darf der Verkäufer nun auch in Hinsicht auf die Beschaffenheit der Waare den Käufer auf keine Art täuschen. Er darf also der Sache keine Eigenschaften andichten, von denen er weiß, daß sie ihr fehlen; er darf aber auch die Mängel und Fehler der Sache, von denen er weiß, daß sie damit behaftet ist, nicht verschweigen oder sich dunkel darüber ausdrücken, um nicht verstanden zu werden (obscure loqui), oder beim Reden einzelne Sylben oder Wörter verschlucken (obscure dissimulare), um den Käufer irre zu führen [12]). Alles ist contra bonam fidem; und alles, was contra bonam fidem

---

[10]) *L.* 66. §. 1. *D. de contrah. emt.* Si cum servitus venditis praedis deberetur, nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit, et ob id per ignorantiam rei emtor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit, quidam recte putant, venditorem teneri ex emto ob dolum. Ueberhaupt darf er ihm nichts verhalten, was ihm in Hinsicht auf den Handel zu wissen nöthig ist, z. B. die Nachbarn (L. 35. §. ult. D. de contrah. emt.), er muß ihn auch mit den Grenzen des verkauften Grundstücks bekannt machen, sie ihm zeigen, und auch die Urkunden muß er ihn sehen und lesen lassen, aus denen erhellet, welche Rechte der Verkäufer am Grundstück hatte (L. 35. §. ult. D. de act. emt. L. 63. §. 1. D. eod. L. 48. D. eod.).

[11]) L. 11. §. 5. D. de act. emt.

[12]) *L.* 43. §. 2 *D. de contrah. emt.* Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam, qui insidiose, obscure dissimulat.

ist, muß durchaus unterbleiben und ist schon der Natur des Kaufs entgegen [13]).

Der Verkäufer haftet aber nicht bloß für Mängel, die er kannte, er haftet sogar für diejenigen, die ihm selbst verborgen waren; die Unkunde der Mängel — die auf Seiten des Käufers, damit er klagen könne, sogar als vorhanden vorausgesetzt wird — kömmt dem Verkäufer gar nicht zu Gute, er kann sich nicht damit entschuldigen; und dieses, wovon das Edict ausdrücklich nichts enthält, fanden die römischen Rechtsgelehrten darin [14]). Das Nichtanzeigen unbekannter Mängel kann nun freilich nicht für Betrug gelten; die Pflicht einer derentwegen zu leistenden Gewähr kann hier nur dadurch gerechtfertigt werden, daß der Käufer sich in Hinsicht auf das Object, wenn es seinen gerechten Erwartungen nicht entspricht, in einem verzeihlichen Irrthum befand, gegen dessen nachtheilige Folgen das Gesetz es billig fand, ihn in Schutz zu nehmen.

---

[13]) *L. 1. §. 1. D. de act. emt.* — Omnia, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem. —

[14]) L. 1. §. 2. D. de aedil. Edicto. L. 11. §. 7. D. de act. emt. et vend.

4) Von der Concurrenz der Klagen aus dem Edict der Aedilen mit der Klage aus dem Kauf.

Was die Aedilen über die Gewähr der Mängel verordnet haben, ist also schon der Natur des Kaufcontracts gemäß. Es scheint daher der Käufer in allen Fällen, in welchen er mit der actio redhibitoria und quanti minoris klagen kann, sich statt deren auch der actio emti bedienen darf, indem er zwischen beiden Arten von Klagen — aus dem Edict der Aedilen und aus dem Kauf — die freie Wahl hat. Dieses hat die merkwürdige Folge, daß, wenn die Klagen aus dem Edict durch den Ablauf der Zeit, nämlich die actio redhibitoria bereits durch den Ablauf von sechs Monaten, die actio quanti durch den Ablauf eines Jahres erloschen ist, der Käufer denselben Zweck, den er bei diesen Klagen hat, noch eben so gut durch die actio emti erreichen kann, die erst mit dem Ablauf von 30 Jahren erlischt.

Ob diese Lehre grade in ihrem ganzen Umfange gegründet sey, das ist einigermaßen zweifelhaft. Daran kann nicht füglich gezweifelt werden, daß die actio emti neben den Klagen aus dem Edict Statt finde.

L. 11. §. 3. D. de act. emt. et vend.

Redhibitionem quoque contineri emti judicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus.

Auf den ersten Anblick scheint zwar diese Stelle bloß den allgemeinen Satz auszusprechen, man könne mit der actio emti auch auf Zernichtung des Contracts klagen; indessen ist Redhibition ein technischer Ausdruck für alle die Fälle, deren im Edict Erwähnung geschieht, da wegen Fehlerhaftigkeit der Waare u. s. w. mit der actio redhibitoria geklagt werden kann [1]). Es gibt auch noch andere Stellen, aus denen hervorgeht, daß man in denselben Fällen, in welchen man mit der actio redhibitoria oder quanti minoris klagen kann, auch mit der actio emti klagen könne [2]).

Wenn die Gewähr der Mängel schon aus dem Contract und mit der actio emti gefordert werden kann, welchen Grund hatten die Aedilen, neben dieser jene anderen beiden Klagen einzuführen? Sie selbst haben sich darüber nicht erklärt. So blieb es dem Scharfsinn unserer Rechtsgelehrten überlassen, ihn zu errathen. Sie äußern sich indessen darüber sehr verschieden. Der Grund sey etwa derselbe gewesen, der den Prätor bewog, gegen den Schiffer, Gastwirth u. s. w. neben der Klage aus dem Miethcontract die actio de receptis einzuführen; es sey nichts Neues, daß die Prätoren bloß Grundsätze des schon bestehenden Rechts wiederholt hätten; sie verbesserten nicht bloß das Civilrecht, sondern oftmals bestärkten oder bestätigten sie es nur u. s. w. Mit Anderen nimmt Struv an, vor Einführung jener

[1]) L. 11. §. 3. D. de act. emt. et vend. L. 6. in fine D. de div. temp. act.

[2]) L. 13. pr. D. de act. emt. et vend. L. 19. §. 2. und L. 43. §. 9. D. de aedil. Edicto.

Klagen durch die Aedilen habe man in jenen Fällen mit der actio emti nicht klagen können, denn diese Klage sey nur auf Erfüllung, nicht auf Aufhebung des Contracts gerichtet; in der Folge sey aber von den Rechtsgelehrten der Grundsatz aufgestellt, man könne auch mit der Klage aus dem Contract auf Aufhebung desselben klagen und dieß sey dann namentlich auf die actio emti angewandt, so daß man jetzt auch mit der actio emti auf Redhibition klagen könne. Doch habe jede Klage ihre eigenthümliche Art und Beschaffenheit beibehalten [3]). Schon früher stellte Bachov [4]) die Meinung auf, ehe die Aedilen jene beiden Klagen eingeführt hätten, habe man aus den im Edict angeführten Gründen aus dem Kauf nicht klagen können; hernach aber habe die actio ex emto, als eine actio bonae fidei und die nicht in enge Schranken eingeschlossen sey, auch diese Leistungen unter sich begriffen, jedoch mit den Beschränkungen, denen im Edict das Klagerecht unterworfen sey. Mit anderen Worten will Bachov etwa sagen, es hätten die römischen Rechtsgelehrten, nachdem das Edict erlassen sey, die von den Aedilen aufgestellten Grundsätze als eine durch das Edict dem Kauf beigelegte Eigenschaft auf denselben übertragen, dergestalt, daß die darin begründeten Rechte des Käufers nun auch durch die actio emti geltend gemacht werden könnten. Wäre diese Ansicht, die auch Andere heg-

---

[3]) *Franzke* ad Pand. h. t. n. 99.; *Struv.* syntagma lib. 21. tit. 1. §. 2.; *Stryck* usus mod. Pand. h. t. §. 50: Successu temporis ex interpretatione prudentum effectum, ut postquam Aediles antea speciali actione emtori ob rerum venalium vitia consulere voluerunt, actio emti deinde ad casum redhibitionis extensa fuerit, ut ea pariter ad redhibendum vel quanti minoris agi posset.

[4]) ad *Wesenbecii* Comm. ad Pand. h. t. not. 10.

ten, gegründet, so würde daraus folgen, daß die actio emti in Fällen dieser Art unter denselben Bedingungen stehe, wie die actio redhibitoria, was Bachov auch behauptet und sich deshalb auf eine Stelle im Codex bezieht, die auf den ersten Anblick ganz dazu gemacht zu seyn scheint, seine Meinung zu bestätigen.

L. 2. C. de aed. act.

Cum proponas servum, quem pridem comparasti, post anni tempus fugisse: qua ratione eo nomine cum venditore ejusdem congredi quaeras, non possum animadvertere. Etenim redhibitoriam actionem sex mensium temporibus, vel quanto minoris, anno concludi, manifesti juris est.

Die Aedilen wollten hauptsächlich wenigstens hinterlistigen Verkäufern entgegenwirken und betrogenen Käufern zu Hülfe kommen [5]); es ist also hauptsächlich die Abwesenheit des Dolus, worauf es abgesehen war, und gerade diese ist es, welche nach sonstigen römischen Ideen schon ganz entschieden in der Natur des Kaufs gegründet ist; es bringt dabei der Dolus, wenn er vorhanden ist, dieselben Wirkungen hervor, wie die fehlerhafte Beschaffenheit der Waaren u. s. w. Ideen dieser Art sind nicht erst aus dem Edict der Aedilen entlehnt; ob aber sonstige Grundsätze desselben auf den Kauf, als gehörten sie dazu, übertragen sind, oder auch umgekehrt, das ist so eine Frage. Wahrscheinlich verhielt es sich so: Nachdem die Aedilen den Grundsatz von der Gewähr der Mängel aufgestellt hatten, fanden die Rechtsgelehrten, oder vielmehr einzelne von ihnen, was die Aedi-

---

5) L. 1. §. 2. D. de aed. Edicto.

len verordnet hätten, sey ja im Grunde schon der Natur des Kaufs, als eines contractus bonae fidei, gemäß und selbst die Redhibition könne schon nach sonstigen Grundsätzen mit der Klage aus dem Contract gefordert werden. Wie wären auch sonst die Aedilen darauf gekommen, zu verordnen, was sie verordneten, wenn dieß schon damals den angenommenen Grundsätzen des Rechts gemäß gewesen wäre oder dafür gegolten hätte. Sie hätten etwas sehr Ueberflüssiges gethan. Für uns kann es indessen genug seyn, daß alles, was die Aedilen verordneten, als so etwas gegeben wird, was schon der Natur des Contracts gemäß ist und mit der Klage aus dem Kauf geltend gemacht werden kann. Es könnte zwar seyn, daß die actio emti nur so weit Statt finden und nur so weit an Stelle der Klage aus dem Edict gebraucht werden soll, als der Verkäufer in dolo ist. Aber es findet sich kein hinlänglicher Grund, anzunehmen, daß hier ein Unterschied gemacht sey. Die Klage aus dem Kauf findet auch Statt, wenn der Verkäufer, des Fehlers unkundig, die fehlerhafte Sache verkauft hat; es kann wenigstens nach einer von Ulpian gebilligten Meinung des Julianus ex emto *quanti minoris* geklagt werden [6]). Während nun Julianus eine Klage aus dem Kauf auf Redhibition nicht eben ausdrücklich verwirft, sondern von der actio quanti minoris nur im Gegensatz gegen vollständigen Schadensersatz handelt, gibt es andere Stellen, die keinen Unterschied machen, wonach in Fällen dieser Art überhaupt mit der *actio ex emto*, folglich auch auf Redhibition, die, wie wir wissen, in der

---

[6]) L. 13. pr. D. de act. emt. et vend.

actio emti enthalten ist [7]), geklagt werden kann [8]). Die Klage aus dem Kauf muß selbst da aushelfen, wo das Edict nicht ausreicht; wo nach dem Edict keine Klage Statt finden würde, kann man ex emto klagen.

L. 4. pr. D. de aedil. Edicto.

Ob quae vitia negat redhibitionem esse, ex emto dat actionem.

Nämlich das Edict der Aedilen setzt nach den darin vorkommenden Ausdrücken *morbus* oder *vitium* voraus. Wo weder *morbus* ist, noch *vitium*, kann aus dem Edict nicht geklagt werden [9]), d. h. wegen bloßer fehlerhafter Beschaffenheit der Waare kann aus dem Edict nicht geklagt werden, womit nicht gesagt ist, daß nicht aus anderen Gründen, namentlich, wenn die Berühmungen des Verkäufers sich nicht bestätigen, auch aus dem Edict geklagt werden könnte und, wenn der Verkäufer betrogen hat, findet actio emti und zwar auch in solchen Fällen Statt, wo weder *morbus*, noch *vitium* vorhanden ist, also aus dem Edict keine Klage Statt finden würde [10]). Das Edict findet nicht einmal bei allen vitiis Statt, sondern es müssen *vitia corporis* seyn. Hingegen *vitia animi* kommen, der Regel nach, nicht in Betrachtung [11]). Nun aber hörten wir so eben, daß man wegen Fehler, derentwegen man aus dem Edict nicht klagen könne, womit nur vitia

---

[7]) L. 11. §. 3. D. de act. emt. et vend.

[8]) *L.* 11. §. 7. *D. eod.* Venditorem, etiamsi ignorans vendiderit, fugitivum non esse, praestare emtori oportere, *Neratius* ait. — L. 19. §. 2. et L. 43. §. 9. D. de aedil. Edicto.

[9]) L. 11. §. 5. D. de act. emt. Westphal vom Kauf §. 397.

[10]) L. 4. §. 4. D. de aedil. Edicto.

[11]) L. 4. §. 4. D. de aedil. Edicto.

animi gemeint seyn können, mit der actio emti klagen könne. Die Natur des Kaufs muß also das auch mit sich bringen, was das Edict enthält, und sie muß sich darauf nicht beschränken. Die actio emti reicht mithin weiter, wie die Klagen aus dem Edict, und zwar nicht bloß in Hinsicht auf die Dauer der Zeit, sondern auch außerdem. Was im Edict enthalten ist, alles das kann auch schon vermöge des Contracts und mit der Contractsklage gefordert werden, es kann aber außerdem noch in manchen anderen Fällen, da der Käufer mit der Waare nicht zufrieden ist, die actio emti angestellt werden, in welchem die Klagen aus dem Edict nicht Statt finden würden. Namentlich kann auch dann nicht nur aus dem Edict, sondern auch aus dem Contract geklagt werden, wenn der Verkäufer den Fehler der Waare selbst nicht gekannt hat. Wäre das wahr, was Vachov behauptet, fände die actio emti nicht weiter Statt, wenn die actio redhibitoria und aestimatoria verjährt sind, so würde das Edict, was doch auf den Vortheil des Käufers berechnet ist, am Ende gar zu seinem Nachtheil gereichen; er würde schlimmer daran seyn, als er ohne selbiges gewesen seyn würde, selbst dann, wenn, wie gewöhnlich, der Verkäufer die Mängel seiner Sache gekannt und sie verschwiegen, überhaupt ihn wissentlich getäuscht, kurz betrogen hätte; denn nach dem Civilrecht hätte er, wenn ein halbes oder beziehungsweise ganzes Jahr verstrichen ist, noch klagen können und nach dem Edict könnte er es nicht mehr. Schon dieser Umstand macht es wahrscheinlich, daß die Verjährung der Klagen aus dem Edict diejenige der Klagen aus dem Kauf nicht mit sich führt. Es kömmt aber noch ein anderer Umstand hinzu. Der Grund zur Redhibition ist überhaupt vierfach. Den ersten gibt die fehlerhafte Beschaf-

fenheit der Waare, den zweiten die Abwesenheit von Tugenden u. s. w., von denen der Verkäufer, daß sie vorhanden, versichert hat, den dritten unterlassenes Versprechen durch Stipulation, dasjenige zu erfüllen, wozu nach dem Edict der Aedilen ein Verkäufer verbunden ist [12]), den vierten endlich das *pactum displicentiae* an die Hand; dasselbe wird in dem hierher gehörigen Titel des Codex de aedilitia actione als Grund aufgeführt, worauf ein Käufer das Verlangen der Redhibition und die actio redhibitoria bauen kann, und dieser Fall wird der Fehlerhaftigkeit der Waare, z. B. der Ungesundheit des Grundstücks, gleichgestellt [13]). Es ist gar nicht wahrscheinlich, daß, wenn ein Vertrag dieser Art geschlossen ist, das Recht, den Handel aufzurufen und das Gegebene zurückzufordern, in einer so kurzen Zeit erlöschen sollte; es ist vielmehr glaublich, daß, wenn actio redhibitoria nicht mehr Statt findet, das Recht aus einem solchen Vertrage noch mit der actio emti geltend gemacht werden kann und daß dieß in anderen Fällen eben so ist.

Die actio redhibitoria und eben so quanti minoris ist endlich auch kein bloßer Beisatz, den die actio emti in Fällen dieser Art annimmt (keine qualitas actioni ex emto adjecta, wie viele annehmen), sondern eine eigene Klage, die ihre eigene Quelle hat, nämlich das Edict, und für sich besteht [14]), wie deutlich daraus hervorgeht, daß beide neben einander Statt finden. Den nächsten Entstehungsgrund gibt

---

[12]) L. 28. D. de aedil. Edicto. L. 31. D. de evict.

[13]) L. 4. C. de aedil. act.

[14]) *Lauterbach* Coll. theor. pract. h. t. §. 21.

freilich auch bei ihnen der Contract an die Hand; daher sagt Ulpian von ihnen: ex contractu veniunt [15]).

Die Stelle des Codex, worauf Bachov seine abweichende Meinung gründet, beweist, wenn man sie schärfer in's Auge faßt, nichts. Sie steht hier bloß für den Satz, daß die *actio aestimatoria* binnen sechs Monaten und die *actio redhibitoria* binnen einem Jahr erlischt. Daß die actio emti zugleich mit erloschen seyn sollte, folgt daraus nicht. Die Anfangsworte, aus denen man es schließen möchte, lassen nur etwa vermuthen, daß der Grundsatz, dem Käufer stehe zwischen der actio emti und den Klagen aus dem Edict die Wahl zu und er könne, was er durch diese erlangen könne, auch mit Hülfe jener erlangen, so gar ausgemacht und allgemein bekannt nicht gewesen seyn mag, als er vermöge jener in die Pandecten aufgenommenen Stellen aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten, die eine solche Wahl zulassen, für uns nun ist [16]). Wo steht in der Stelle des Codex ein Wort davon, daß in Fällen vorliegender Art neben den Klagen aus dem Edict auch die actio emti Statt finde? Oder woher wissen wir, daß dem Verfasser des Rescripts der Grundsatz von der Concurrenz der actio emti mit den Klagen aus dem Edict bekannt und geläufig gewesen? Beweisen könnte sie nur etwas, wenn die Stelle selbst ergäbe, oder wir aus anderer Quelle mit Gewißheit wüßten, daß dieß der Fall gewe-

---

[15]) L. 23. §. 4. D. de aedil. Edicto.

[16]) In der hierher gehörigen Hauptstelle der Pandecten wird es als eine Meinung einzelner Rechtsgelehrten, des Labeo und Sabinus, aufgeführt, die Ulpian billigt.

sen. Und selbst dann würde noch, da wir nicht wissen können, worin die Anfrage eigentlich bestand, die Beweiskraft dieser Stelle unsicher seyn und es würde auf alle Fälle, was nach ihr zu vermuthen ist, demjenigen, was in den Pandecten entschieden und deutlich und an mehr als einer Stelle ausgesprochen ist, nachstehen müssen. In der That kann die Stelle bloß dazu dienen, den Rechtssatz vor der Concurrenz jener Klagen — nicht umzustoßen, sondern einige Zweifel daran zu erregen, die schon nicht stark genug waren, ihn am Entstehen zu hindern, und viel zu schwach seyn würden, den einmal angenommenen aus dem verjährten Besitz, worin er sich befindet, zu verdrängen.

5) Vom Zweck der *actio redhibitoria.*

Jetzt lasset uns sehen, worauf die actio redhibitoria hauptsächlich gerichtet sey. Die Rechtsgelehrten drücken sich sehr verschieden darüber aus. Die actio redhibitoria, sagen einige, geht dahin, daß der Verkäufer die Sache zurücknehme, und, setzen andere hinzu, den Preis zurückgebe [1]); sie geht dahin, lehren andere, daß Beide gewissermaßen *in integrum* restituirt werden, der Verkäufer also die Sache, der Käufer das Kaufgeld nebst den Zinsen und der Vergütung für die Verwendungen u. s. w. zurückerhalte [2]). Schmidt [3]) bemerkt darüber — mit seinen eigenen Worten — Folgendes: das Gesuch bei dieser Klage ist, zu erkennen, daß der Contract für nicht geschlossen zu halten sey, — wobei er sich auf L. 60. D.

---

[1]) Z. B. *Zoesius* ad Dig. h. t. §. 13. *Wesenbecii* paratitla Dig. h. t. §. 9. *Struv.* syntagma D. h. t. §. 8. *Stryck.* usus mod. D. h. t. §. 30. Lauterbach Coll. theor. pract. h. t. §. 20. *Guenther* Princ. jur. rom. §. 972.

[2]) Z. B. Voet ad Dig. h. t. §. 4.

[3]) im prakt. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 935.

h. t. beruft — derowegen Beklagter dem Kläger seine Sache, z. B. sein Kaufgeld mit den Zinsen und was er sonst deshalb aufgewandt hat, wieder zurückzugeben und zu ersetzen schuldig ist. Hellfeld [4]) lehrt wieder: — — omnia reducuntur in eum statum, qui fuisset, si emtio non fuerit secuta; sicque venditor obligatur — ut rem recipiat pretiumque restituat etc.

Daß der Verkäufer die Sache zurücknehme, darauf kann, wie es scheint, das Verlangen des Klägers und seine Klage nicht gerichtet seyn. Ihm ist es bloß darum zu thun, das wieder zu haben, was ihm in Folge des Geschäfts fehlt; der Käufer will das Kaufgeld mit den Zinsen, die Vergütung für die Verwendungen, so weit sie nicht, wie der Unterhalt der Thiere, durch den Gebrauch der Sache aufgewogen werden, u. s. w. wieder erlangen. Seine Klage ist mit wenigen Worten, die bei Paulus beiläufig — doch nicht sowohl in Beziehung auf die Klage, als vielmehr auf das Urtheil des Richters, aus welchem man aber auf die Klage zurückschließen kann — vorkommen, darauf gerichtet:

ut, reddito mancipio, *pretium restituatur* [5]).

Dieß ist das letzte Ziel seiner Klage, dieß darf er fordern. Hingegen daß der Verkäufer, der das Kaufgeld zurückgeben soll, die Waare dagegen zurückempfange, dieß gehört zu den Rechten, nicht zu den Verbindlichkeiten des Verkäufers, und kann also nicht durch eine Klage von ihm erzwungen werden. Das Kaufgeld hat hier, wo der Handel zurückgehen soll, der Käufer zu fordern, die Waare der Verkäufer. Der letztere macht seine Forderung dadurch geltend, daß er das Geld nicht eher aus den Händen gibt, als bis er zu-

---

4) Jurispr. for. §. 1111.

5) L. 43. §. 6. D. h. t.

vor die Waare zurückerhalten [6]) oder der Käufer deshalb Caution geleistet hat [7]); eine eigene Klage zu diesem Zweck ist ihm nicht gegeben; die actio redhibitoria steht bloß dem Käufer zu. Für jetzt ist es indessen genug, wenn der Käufer, im Fall es nicht bereits außergerichtlich geschehen seyn möchte, sich bereit erklärt, die Waare dem Verkäufer zurückzugeben.

Es heißt zwar im Edict der Aedilen:

Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset: quod ejus praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, judicium dabimus, *ut id mancipium redhibeatur* [8]).

---

[6]) *L.* 25. *pr. D. de aedil. Edicto.* Aediles etiam hoc praestare emtorem volunt, si in aliquo deterior factus sit servus, sed ita demum, si post venditionem traditionemque factus sit; ceterum si ante fuit, non pertinet ad hoc judicium, quod ante factum est. §. 9. *eodem.* Praeterea in edicto dicitur sic: *Et quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, non reddetur, cujusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur.* §. 10. *eodem.* Ordine fecerunt Aediles, ut ante venditori emtor ea omnia, quae supra scripta sunt, praestet, sic deinde pretium consequatur. *L.* 29. *pr. D. de aedil. Edicto.* Illud sciendum est, si emtor venditori haec non praestat, quae desiderantur in hac actione, non posse ei venditorem condemnari; si autem emtori venditor ista non praestat, condemnabitur ei.

[7]) *L.* 26. *D. de aedil. Edicto.* Videamus tamen, ne iniquum sit, emtorem compelli dimittere corpus, et ad actionem judicati mitti, si interdum nihil praestatur propter inopiam venditoris, potiusque res ita ordinanda sit, ut emtor caveat, si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, se mancipium restiturum.

[8]) L. 1. §. 1. D de aedil. Edicto.

Hier hören wir also, worin der Zweck der Klage besteht, und hören es unmittelbar an der Quelle; der Kläger will bewirken, daß der Verkäufer die Sache zurücknehmen, er sie ihm zurückgeben dürfe [9]). Allein, so deutlich das auch hier zu stehen scheint, der Zweck der Klage besteht doch darin nicht, es ist das bloß ein Ausdruck des gemeinen Lebens, anzudeuten, daß der Handel nicht bei Kräften bleibt; es wird hier bloß die Wirkung angegeben, die Ursache aber zurückbehalten [10]).

Diese Ursache — und zugleich der nächste Zweck des Klägers — ist, wie es scheint, die Aufhebung des Handels.

Es kamen, nach einer anderen Stelle, im Edict auch die Worte vor, die verkaufte Sache solle, auf Verlangen des Käufers, ungekauft gemacht werden; was heißt dieß anders, als der Verkauf solle, auf Verlangen des Käufers, wieder aufgehoben werden, oder, wie wir es auszudrücken pflegen, der Handel solle zurückgehen [11]). Eben so lehrt Ulpianus:

— redhibitio es venditionis *resolutio* [12]);

---

[9]) Denn redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit. Et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio. L. 21. pr. D. de aedil. Edicto.

[10]) Ich habe mehr als einmal gehört, daß auch bei uns der gemeine Mann sich ähnlicher Ausdrücke bedient. Wenn er sagen will, daß ein Handel dieser Art nicht aufrecht zu erhalten sey, drückt er dieß so aus, daß er sagt, der Verkäufer müsse die Sache, z. B. das Pferd, zurücknehmen. Auch das Lübische Statut drückt die Sache auf diese Art aus (lib. 3. tit. 6. art. 14. 15.). Es muß also diese Vorstellung dem gemeinen Verstande am nächsten liegen.

[11]) L. 38. D. de aedil. Edicto.

[12]) L. 13. §. 2. D. de poss.

ferner bei einer anderen Gelegenheit, da er den Satz aufstellt, dem Verkäufer müßten mit der Hauptsache die Accessionen zurückgegeben werden, setzt er hinzu: ut uterque *resoluta emtione* nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset [13]).

Daß der Zweck der Klage nicht eigentlich darauf gerichtet sey, *ut id mancipium recipiatur*, und dieser Ausdruck, der nur eine Folge der Aufhebung des Handels ausdrückt, die Aufhebung andeutet, dieß erhellet deutlich daraus, daß es, wie wir in der Folge hören werden, Fälle gibt, wo der Verkäufer, durch die actio redhibitoria genöthigt, das Kaufgeld zurückgeben muß, wiewohl er keine Waare zurückerhält und auch keine zurückerhalten kann, wo also eine Klage: *ut id mancipium redhibeatur*, oder eine actio redhibitoria, wenn man diesen Ausdruck wörtlich nehmen wollte, gar nicht einmal möglich wäre.

Nach einigen Stellen scheint es sogar, daß es zur Vernichtung des Handels hier einer *restitutio in integrum* bedürfe. Aber von einer wahren restitutio in integrum gegen ein negotium stricto jure validum ist doch hier nicht eigentlich die Rede, wie schon das Wort *quodammodo*, dessen sich Julianus dabei bediente, und der Umstand, daß beide restituirt werden, andeutet [14]). Es kehrt nur, und zwar in Hinsicht auf beide, alles in die Lage zurück, worin es vor dem Kauf war, und dieß geschieht nicht sowohl durch die Redhibition, sondern in Folge der

---

[13]) L. 23. §. 1. D. de aedil. Edicto.

[14]) *L. 23. §. 7. D. de aedil. Edicto. Julianus* ait, judicium redhibitoriae actionis utrumque, id est, emtorem et venditorem, quodammodo in integrum restituere debere.

Redhibition. Denn es heißt ja:

Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emtio neque venditio intercessit [15]).

Man wird aber noch immer in Ungewißheit seyn, was es denn eigentlich sey, was hier geschehen soll. Es soll keine restitutio in integrum hier geschehen und doch soll der Handel wieder aufgehoben werden. Wie ist dieß zu erklären?

Die Rechtsgelehrten haben in der Lehre von dem Edict der Aedilen und der Gewähr der Mängel u. s. w. eine der wichtigsten Fragen mit Stillschweigen übergangen, die vor allen anderen hätte aufgeworfen werden sollen und deren Beantwortung, vorausgesetzt, daß sie das Rechte getroffen hätten (eine freilich etwas kühne Voraussetzung), über die ganze Materie ein großes Licht verbreitet haben würde. Die Frage ist, welchen Einfluß hat das Vorhandenseyn verborgen gewesener Mängel oder die Abwesenheit gerühmter Tugenden auf die Natur des Geschäfts; gilt es oder gilt es nicht; und wenn es nicht gilt, ist es ipso jure ungültig oder muß es wieder aufgehoben werden?

Ich denke mir, es sey *ipso jure* ungültig. Das Gesetz der Aedilen will und auch die Natur des Kaufs bringt es schon mit sich, daß der Verkäufer die Fehler der Sache dem, der sie kaufen will, offen anzeige, auch ihr keine Tugenden andichte, die sie nicht hat. Dieß Gesetz ist übertreten und daher ist hier von einer unerlaubten Handlung die Rede [16]). Woher rührte es z. B. auch

---

[15]) L. 60. D. de aedil. Edicto.

[16]) Ulpian bemerkt von den Klagen, die aus dem Edict der Aedilen entspringen: *poenales esse videntur. L. 23. §. 4. D. de aedil. Edicto.* Si servus sit, qui

sonst, daß der Verkäufer verbunden ist, das Kaufgeld zu verzinsen [17]? Was könnte den Gläubiger berechtigen, von dem Augenblick an, da er es aus den Händen gegeben, ohne allen weiteren Grund Zinsen davon zu fordern, die ihm nicht versprochen sind? Sein Gegner hat ihn durch eine unerlaubte Handlung gehindert, sein Geld zu benutzen, und dafür muß er ihn entschädigen. Jenes Gesetz hat aber nur der Verkäufer übertreten und daher ist der Handel zum Besten des Käufers ungültig; während der Verkäufer ihn nicht anfechten kann, der das Gesetz übertreten hat, kann der Käufer, dem nichts zur Last fällt, von

---

vendidit, vel filiusfamilias, in dominum vel patrem de peculio aedilicia actio competit; quamvis enim poenales videantur actiones, tamen, quoniam ex contractu veniunt, dicendum est, eorum quoque nomine, qui in aliena potestate sunt, competere. Proinde et si filiafamilias vel ancilla distraxit, aeque dicendum est, actiones aedilicias locum habere; und unter Beziehung auf diese Stelle lehrten alte Rechtsgelehrte namentlich von der redhibitoria, sie entspringe ex delicto.

[17]) *L.* 27. *D. de aedil. Edicto.* Debet autem recipere pecuniam, quam dedit pro eo homine, vel si quid accessionis nomine. Dari autem non id solum accipiemus, quod numeratur venditori, utputa pretium, et usuras ejus: sed et si quid emptionis causa erogatum est: hoc autem ita demum deducitur, si ex voluntate venditoris datur: ceterum, si quid sua sponte datum esse proponatur, non imputabitur: neque enim debet, quod quis suo arbitrio dedit, a venditore exigere. Quid ergo si forte vectigalis nomine datum est, quod emptorem forte sequeretur? Dicendum, hoc quoque restituendum: indemnis enim emptor debet discedere. *L.* 29. §. 2. *D. eod.* Condemnatio autem fit, quanti ea res erit: ergo, excedat pretium, an non videamus? Et quidem continet condemnatio pretium accessionesque: an et usuras pretii consequatur, quasi quod sua intersit, debeat accipere, maxime cum fructus quoque ipse restituat? Et placet consecuturum.

dem Handel zurücktreten. Ein Handel dieser Art ist ungültig und zugleich besteht er auch, wie man es nehmen will; er besteht nämlich als ein solcher, woran der Käufer nicht gebunden ist; er kann ihn gelten lassen, er kann davon wieder abgehen. Verlangt der Verkäufer für eine solche Waare das Kaufgeld, klagt auch wohl deshalb, so kann der Käufer aus diesem Grunde — daß die Sache mangelhaft, überhaupt er zur Redhibition berechtigt sey — die Bezahlung des Kaufgeldes verweigern [18]). Hat der Käufer das Kaufgeld bereits bezahlt, so ist es an ihm, zu klagen, und er klagt auf Zurückgabe des Kaufgeldes mit den Zinsen u. s. w. gegen Zurückgabe der Waare; nebenher kann er nach Umständen Schadensersatz begehren [19]). Ein Han-

[18]) *L.* 59. *pr. D. de aedil. Edicto.* Cum in ea causa venditum est mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est, venditorem pretium redhibendae rei consequi. Die neueren Rechtsgelehrten nennen diesen Einwand die *exceptio redhibitoria. Mev.* ad jus Lub. lib. 3. tit. 6. art. 15.

[19]) In dieser Hinsicht unterscheiden die Rechtsgelehrten, ob der Verkäufer in dolo war oder nicht, im ersteren Fall könne der Käufer den Ersatz des Schadens begehren, im letzteren müsse er sich mit der Zurückgabe des Kaufgeldes sammt den Zinsen begnügen. Es gründet sich diese Lehre auf gewisse Stellen des römischen Rechts, die so klar zu seyn scheinen, daß sie keinen Zweifel aufkommen lassen: *L.* 13. *pr. D. de act. emt. et vend. Julianus* libro quinto decimo Digestorum inter eum, quid sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex emto; ait enim: qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione praestaturum, quanto minoris essem emturus, si ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emtorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor detraxerit, praestaturum ei. *L.* 1. *C. de aedil. act.* Si non simpliciter, sed consilio fraudis, servum tibi nescienti fugitivum, vel alio modo vitiosum quis vendidit, isque idem

del dieser Art ist schon *ipso jure*, nur nicht auf beiden Seiten, ungültig; d. h. hier: er ist für den Käufer und Klä-

---

fugitivus abest, non solum in pretium servi venditorem conveniri, sed etiam damnum, quod per eum tibi accidit, competens judex, ut jam pridem placuit, praestari jubebit. — Ich zweifle auch nicht eigentlich an der Richtigkeit dieser Lehre, nur möchte ich glauben, daß die Rechtsgelehrten ihr eine zu große Ausdehnung geben. Diese Stellen handeln nur von Fällen, da die verkaufte Sache mit verborgenen Mängeln behaftet war und der Käufer aus diesem Grunde die Redhibition begehrt. Ist daraus nun eine allgemeine Regel abzuleiten, die auch auf alle übrigen Fälle und alle anderen Gründe der Redhibition anwendbar ist? Wenn der Verkäufer Fehler nicht anzeigt, die er nicht kennt, so mag es hingehen, wenn er von der Verbindlichkeit, den Schaden, den er gestiftet hat, zu ersetzen, frei gesprochen wird, wiewohl er auch in diesem Fall das Gesetz, wonach er dem Käufer die Fehler, womit die Sache behaftet ist, anzeigen soll, wenn auch unwissend, übertreten hat. Aber verdient auch derjenige Entschuldigung, der von der Sache Eigenschaften rühmt, die sie nicht hat, obgleich er davon unterrichtet ist, daß sie ihr fehlen? Hier wird es heißen: nec enim debuit facile, quae ignoravit, adseverare. Dieser ist ohne Zweifel verbunden, den Schaden zu ersetzen, den der Käufer dadurch leidet, daß er die Sache gekauft hat, die den Erwartungen nicht entspricht, welche der Verkäufer davon erregt hat, die das nicht leistet, was eine andere, mit jenen Eigenschaften ausgerüstete, geleistet haben würde. Selbst wenn er bona fide glaubte, die Sache habe jene guten Eigenschaften, könnte er nur dann etwa Entschuldigung finden, wenn er vernünftige Gründe hatte, das zu glauben. Aus welchem Grunde die Redhibition auch geschehen mag, so werden die Kosten des Unterhalts verkaufter Thiere nicht vergütet, sondern gegen den Gebrauch aufgerechnet. Kosten, die auf die Heilung erkrankter Thiere verwendet sind, müssen, wie es scheint, immer vergütet werden, zumal dergleichen Thiere gewöhnlich nicht gebraucht werden können. *L.* 30. §. 1. *D. de aedil. Edicto.* Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emtor fecerit, imputabit: praecedentes impensas nominatim comprehen-

ger unverbindlich, und der nächste Zweck des Klägers ist nicht die Aufhebung des Handels, sondern sein Zweck kann nur etwa darin bestehen, daß durch den Richter ein ihm zustehendes Recht, von dem Handel abzugehen, als vorhanden anerkannt, daß es ihm wirklich zustehe, ausgesprochen werde. Daß der Handel ipso jure ungültig sey und es nicht erst einer Aufhebung desselben bedürfe, erhellet, wenn man sie nur etwas näher untersucht, aus der Natur der Sache und aus allgemeinen Grundsätzen und theils aus den Worten des Edicts, worin dem Käufer eine Klage versprochen wird, *ut id mancipium recipiatur*, und theils aus dem Ausspruch des Paulus, wonach die Klage darauf gerichtet ist, *ut reddito mancipio pretium restituatur* (die Worte des Letzteren können als eine nähere Bestimmung der Worte des Edicts betrachtet werden). In diesen Ausdrücken liegt es, daß es keiner Aufhebung bedürfe und der Handel ipso jure nicht gilt. Der Verkäufer soll ohne Weiteres die Waare zurücknehmen, der Käufer gegen Zurückgabe der Waare sein Geld geradezu wiederfordern können, gleichwie er, wenn es noch nicht bezahlt ist, die Bezahlung geradezu verweigern kann, ohne daß es erst einer Aufhebung im eigentlichen Sinne bedürfte, ihm eine eigentliche Einrede gegen den klagenden Verkäufer zu diesem Ende gegeben wäre. Dieß alles kann nur seyn, wenn der Handel als nicht geschlossen, als für ihn unverbindlich angesehen wird. Wäre der Handel nicht schon ipso jure ungültig, so würde es dem Käufer nicht erlaubt seyn, davon zurückzutreten. Wenn ein vollkommener, gültiger Handel geschlossen ist, steht es dem Contra-

dendas, Pedius: sed cibaria servo data non esse imputanda, Aristo ait: nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio ejus fuit. — Westphal vom Kauf §. 529.

henten zu keiner Zeit frei, wider Willen des Mitcontrahenten davon abzugehen [20]). Es würde erst eine restitutio in integrum geschehen müssen, wovon wir gesehen haben, daß sie (nämlich eine wahre) hier nicht Statt finde. Eben dadurch, daß jeder das Seinige wieder erhält, der Verkäufer die Waare, der Käufer den Preis, wird dann die Sache wie ungekauft gemacht, — geht der Handel zurück, — wird er wieder aufgelöst. Sollen diese Ausdrücke aber auf eine Handlung des Richters bezogen werden, so müssen sie auf eine Art erklärt werden, wie es der Natur des Gegenstandes angemessen ist (interpretatio facienda est secundum naturam actus). Hiernach bedarf es einer eigentlichen Aufhebung des Handels, wie sie gegen ein negotium stricto jure validum erforderlich ist, wie die Aedilen sie in ihrem Fach, so gut wie die Prätoren, hätten ertheilen können, in Fällen dieser Art nicht, und wenn hier von einer Aufhebung des Handels durch den Richter die Rede ist, kann darunter nichts anderes verstanden werden, als daß der Richter dem Käufer das Recht zuerkennt, von dem Handel wieder abzugehen, und in Folge dessen sein Kaufgeld zurückzufordern, und daß er den Beklagten für schuldig erklärt, es gegen Wiederempfang der Waare zurückzugeben. Ob nun bei den römischen Gerichten alles dieses zusammen geschehen, oder ob es an dem Letzteren schon genug gewesen, ob also der Richter die Ungültigkeit des Handels förmlich ausgesprochen habe, oder nur ihre Folgen,

---

[20]) *L. 3. C. de resc. vend.* De contractu venditionis et emtionis jure perfecto, alterutro invito, nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro. Quo jure fiscum nostrum uti, saepe constitutum est.

darüber geben die angeführten Stellen keine sichere Auskunft. Es scheint fast, daß er auf die erhobene Klage des Käufers den Handel entweder als für den Kläger unverbindlich vernichtet, oder als für ihn verbindlich bestätigt habe.

L. 43. §. 9. *D. de aedil. Edicto.*

Si sub conditione homo emtus sit, redhibitoria actione ante conditionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emtio arbitrio judicis imperfecta fieri non potest; et ideo, et si ex emto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta conditione, iterum agi poterit [21]).

Es beruht mit diesem Ausspruch des Paulus auf dem bekannten Grundsatz, daß man aus einem bedingten Handel vor Erfüllung der Bedingung nicht klagen könne. Aus einem Vertrage dieser Art kann man nicht einmal darauf klagen, daß er rückgängig werde, da er noch gar nicht zu Stande gekommen ist. Der Richter würde genöthigt seyn, den Ausspruch zu thun, entweder, daß dieser Vertrag der behaupteten Mängel wegen (oder aus anderen Gründen) ungültig, d. h. der Kläger daran nicht gebunden, vielmehr der Beklagte auf

[21]) Die actiones redhibitoria und quanti minoris gehören zu den arbitrariis, wie diese Stelle, imgleichen L. 45. D. de aedil Edicto erweist. S. *Magni* rationum et different. jur. civ. lib. 1. cap. 13. (*Meermann* thesaur. jur. civ. tom. 3. pag. 279. 280.). Statt *imperfecta fieri non potest* am Ende, lesen Haloander und die Vulgata *perfecta fieri non potest.* Der Sinn wird so ziemlich derselbe seyn, man mag *perfecta* oder *imperfecta* lesen, doch scheint die Lesart der Florentina den Vorzug zu verdienen. Die Stelle bestätigt zugleich, daß die actio redhibitoria kein bloßer Name ist, den die actio emti in gewissen Fällen annimmt, sondern es sind zwei verschiedene Klagen, welche die Natur der Sache und hier das vel trennt.

sein Begehren schuldig sey, gegen Rückgabe der Waare das Kaufgeld u. s. w. zurückzugeben, oder, daß er, der behaupteten Mängel (oder anderer Gründe) ungeachtet, gültig, d. h. für den Kläger verbindlich sey, welches bei einem Vertrage, der noch gar nicht zu Stande gekommen ist, voreilig und unpassend seyn würde.

Zweckmäßig und noch mehr angemessen ist es auf allen Fall, wenn von Seiten des Richters erst der Handel für ungültig, d. h. unverbindlich für den Kläger, erklärt und die Verbindlichkeit für den Beklagten, das Kaufgeld u. s. w. zurückzugeben, nicht nackt und bloß ausgesprochen, sondern der Ungültigkeit als eine Folge beigegeben wird, die dann wieder eine andere Folge hervorbringt, nämlich, daß der Käufer die Waare zurückgeben muß [22]).

Wollte der Richter den Handel nicht für ungültig erklären, sondern aufheben, so würde auch der Verkäufer berechtigt seyn, das Object zurückzufordern, selbst, wenn der Käufer seinen Sinn änderte und den Handel nun gelten lassen wollte. Aber auch davon abgesehen, würde dieser Ausdruck der Sache schon gar nicht angemessen seyn, weil ein Geschäft, was *ipso jure* nicht besteht, nicht aufgehoben werden kann. Der Handel ist schon aufgehoben, das Gesetz selbst hat ihn aufgehoben; es hat die Aufhebung in den Willen des Käufers gestellt. Auf der anderen Seite

---

[22]) In Fällen dieser Art müßte nach meinem Ermessen das Urtheil also lauten:

daß, da das verkaufte Object, z. B. mit verborgenen Mängeln behaftet gewesen, der Käufer an diesen Handel nicht gebunden, vielmehr davon abzugehen berechtigt sey. Es ist daher der Beklagte schuldig, dem Verlangen des Klägers gemäß, gegen Zurückgabe des verkauften Pferdes das Kaufgeld mit Zinsen u. s. w. zurückzugeben. V. R. W.

würde der Richter zu weit gehen, wenn er mit Schmidt den Handel für gar nicht geschlossen erklären wollte. Das, was hier geschieht, wird dadurch nicht richtig ausgedrückt.

Entweder müßte mich alles trügen, oder, wenn Sachen verkauft wurden, die mit verborgenen Mängeln behaftet sind oder welchen die Tugenden fehlen, die der Verkäufer von ihnen gerühmt hat, verhält es sich gerade eben so, wie wenn der Käufer durch Betrug des Verkäufers zur Eingehung des Handels verleitet ist. Durch das Dunkel, womit diese Materie umhüllt ist, sehe ich wenigstens so viel klar, daß beide Fälle gar nicht verschieden sind. In beiden Fällen ist das Gesetz übertreten, aber nur von einem, und in beiden Fällen ist der Handel nicht verbindlich, aber nur für den anderen nicht. Das nur vom Verkäufer übertretene Gesetz rächt sich nur an dem Verkäufer.

Was hier von der actio redhibitoria gelehrt wird, stimmt auf's Genaueste mit den Grundsätzen überein, die in dem Fall gelten, wenn wegen des vom Verkäufer begangenen Dolus — der übrigens hier meistens auch wirklich vorhanden ist, — der betrogene Käufer klagt. Auch beim Dolus ist der betrogene Käufer an den Contract nicht gebunden; er hat nicht nöthig, ihn zu erfüllen, und kann, wenn er ihn erfüllt hat, das Gegebene zurückfordern [23]). Das Eigenthum, was er verlor, muß er durch Retradition wieder erwerben. Ihm steht gegen den dritten Besitzer keine Vindication, sondern gegen den Verkäufer eine persönliche Klage zu, die actio emti [24]). Selbst in den Ausdrücken herrscht

---

[23]) L. 11. §. 5. D. de act. emt. et vend.

[24]) L. 11. §. 5. D. de act. emt. et vend. L. 5. L. 10. C. de rescind. vend.

Uebereinstimmung. Der betrogene Käufer klagt ad resolvendam emtionem [25]). Ihm steht restitutio in integrum zu [26]). Der Richter hebt auf Verlangen des Käufers den Verkauf auf — rescindi venditionem jubebit u. s. w. [27]).

---

[25]) L. 11. §. 5. D. de act. emt. et vend.

[26]) L. 10. C. de rescind. vend.

[27]) L. 5. C. eodem. S. übrigens alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 69. folg.

6) Von der Fortdauer der *actio redhibitoria* beim Untergange des Objects; ingleichen von dem Falle, da das Object eine Veränderung der Gestalt erleidet.

Wenn die Frage aufgeworfen würde, ob der Käufer auch dann noch berechtigt sey, den Handel aufzurufen und die actio redhibitoria anzustellen, wenn das verkaufte Object untergegangen, z. B. das verkaufte Thier gestorben ist, so würden wohl alle Laien und selbst die meisten Rechtsgelehrten sich nicht lange bedenken, sie zu vereinen. Wie kann, würden sie sagen, der Käufer sein Kaufgeld zurückfordern, wenn er nicht im Stande ist, die Waare dagegen zurückzugeben? Ist nicht das Erstere durch das Letztere bedingt? Es könnte zwar seyn, daß der Grund des Untergangs gerade in dem Fehler der Sache enthalten war, wodurch das Recht der Redhibition begründet ward; da freilich würde es sich von selbst verstehen, daß der Untergang der Waare das Erlöschen des Rechts nicht nach sich zöge und der Käufer zur Redhibition nach wie vor berechtigt sey. Aber gesetzt, das Thier stirbt an einer Krankheit, die mit dem Fehler, womit es behaftet ist, nicht zusammenhängt, oder das schad-

hafte Haus wird vom Blitz entzündet und eingeäschert, wer wird dann noch fragen, ob jenes oder dieses mangelhaft war? Gesund oder krank, schadhaft oder nicht schadhaft, es wäre doch gestorben oder untergegangen. Und dennoch — nicht viele andere Sätze werden zu finden seyn, die so bestimmt, so entschieden und unangefochten im römischen Recht enthalten wären, als dieser: Wenn nur sonst ein Grund zur Redhibition vorhanden war, ist der Untergang des Objects auf das Recht zur Redhibition ohne Einfluß, und es kann der Käufer die actio redhibitoria anstellen und sein Kaufgeld zurückfordern, obgleich die Waare nicht mehr vorhanden ist und also, sey es ganz oder zum Theil, nicht zurückgegeben werden kann.

1) *L.* 38. §. 3. *D. de aedil. Edicto.*

— et si mortuum fuerit jumentum, pari modo redhiberi poterit, quemadmodum mancipium potest.

Dieß *redhiberi potest* soll ohne Zweifel nicht bloß die physische Möglichkeit der Rückgabe eines verstorbenen Sclaven oder Thieres andeuten, die an sich nicht bezweifelt werden kann und womit dem Verkäufer nur bei Thieren, der Haut wegen, gedient seyn könnte, sondern die Worte wollen sagen, es finde von Seiten des Käufers die *actio redhibitoria* Statt, obgleich das Object untergegangen ist; wobei es sich denn von selbst versteht, wie dasjenige, was davon noch etwa übrig und brauchbar ist, zurückgegeben werden muß.

2) *L.* 47. §. 1. *D. de aedil. Edicto.*

Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent.

L. 48. *pr. D. eod.*

Si tamen sine culpa actoris, familiaeve ejus, vel procuratoris mortuus sit.

Es versteht sich von selbst, daß durch die Fortdauer der Klage die Fortdauer der Ursache, welche diese Klage hervorbringt, nämlich des Rechts, welches dem Käufer durch die Klage gegeben ist, den Handel aufzurufen und das Kaufgeld zurückzufordern, welches durch den Untergang der Waare keine Veränderung erlitten hat, ausgesprochen ist. Der Umstand, daß nach dieser Stelle, die aber vermöge einer anderen, die ihr auf den Fuß folgen wird, einer näheren Bestimmung bedarf, die Fortdauer der Klage durch Schuldlosigkeit des Käufers bedingt ist, hebt dieß — zum Ueberfluß — noch deutlicher hervor.

Daß dem Käufer — so wird der Rechtssatz noch genauer und besser lauten — der Untergang nur schade, wenn er ihn durch culpa — sey es auch nur levis — verschuldet hat — wohin namentlich gehört, wenn er keinen Arzt zu Hülfe rief, als der Sclave oder das Thier erkrankte, oder einen schlechten — bestätigen auch folgende Stellen:

3) *L*. 31. §. 11. *D*. *de aedil. Edicto.*

Si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emtoris, vel familiae ejus, vel procuratoris homo demortuus sit: nam si culpa ejus decessit, pro vivo habendus est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret.

§. 12. *eod.*

Culpam autem omnem accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quamcunque occasionem mortis praestitit emtor, debere eum teneri: etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel ad malum hibuit, sed culpa sua.

Selbst wenn der Käufer den Untergang verschuldet hat — was der Verkäufer würde beweisen müssen — findet das

Recht der Redhibition und finden die Klagen aus dem Edict an und für sich eben so gut Statt; aber wegen der Verschuldung des Käufers ist es so anzusehen, als sey das Object nicht untergegangen, als sey es noch vorhanden, und wenn gleich der Käufer die Sache selbst nicht zurückgeben kann, tritt das Gleichgeltende an ihre Stelle und, statt der Sache, muß er die aestimatio rei leisten [1]). Freilich steht es nur bei ihm, den Handel gelten zu lassen; verlangt er aber, daß er aufgehoben und ihm das Kaufgeld zurückgegeben werde, so muß er auch an seinem Theil darauf gefaßt seyn, dem Verkäufer, wenn dieser es verlangt, statt der untergegangenen Sache, die aestimatio rei zu leisten. Diese Betrachtung wird ihn in vielen Fällen, doch nicht in allen bewegen, von dem Begehren der Redhibition abzustehen, doch weniger als die vermehrte Schwierigkeit des Beweises, daß die untergegangene Sache mit Mängeln behaftet gewesen, es thun wird; denn auch unter jener Beschränkung kann ihm die Redhibition zum Vortheil gereichen; er erlangt doch immer so viel, daß ihm in Folge der Redhibition zu Theil wird, was, nach Abzug des Werthes der fehlerhaften Waare, von dem Preise übrig bleibt, statt daß er ohne sie nichts erlangt haben, die Waare und den Preis zugleich entbehren würde.

Wir sehen also, wie das Recht der Redhibition auch nach dem Untergange des Objects ohne Einschränkung fortdauert; es findet, wenn das Object untergegangen ist, ganz auf dieselbe Art Statt, als wenn es noch vorhanden wäre. Dieß bestätigt auch folgende Stelle:

---

[1]) *Donell.* de aedil. Edicto. cap. 5. (opera priora p. 204.)

4) *L.* 31. §. 6. *D. de aedil. Edicto.*

Idem ait, homine mortuo vel etiam redhibito, singulos (heredes) pro suis portionibus recte agere.

Es kann geschehen, daß ein mangelhaftes Object dem Käufer von einem Dritten entwährt wird; in einem solchen Fall kann Gewährleistung und Gewähr der Mängel zugleich gefordert werden. Die römischen Rechtsgelehrten lehren dieß namentlich für solche Fälle, wo, wie der Käufer fordern konnte und der Verkäufer zu thun verbunden war, der Mängel wegen das Doppelte durch Stipulation versprochen war. Bei dieser Gelegenheit werden als Entscheidungsgründe folgende Grundsätze aufgestellt:

quam actionem semel ex stipulatu habere coepi, eam nec evictione, nec morte, nec manumissione, nec fuga servi, nec ulla simili causa amitti [2]),

[2]) *L.* 16. §. 2. *D. de evict.* Si servus, cujus nomine duplam stipulati sumus, evictus fuerit a nobis ob id, quod fugitivus, vel non sanus fuerit, an agere nihilo minus possimus, quaeritur. Proculus videndum ait, ne hoc quoque intersit, utrum tum evictus sit, quum meus factus non esset, an tum, quum meus factus esset: in eo enim casu, quo meus factus est, statim mea interest, quanto ob id deterior est, et quam actionem semel ex stipulatu habere coepi, eam nec evictione, nec morte, nec manumissione, nec fuga servi, nec ulla simili causa amitti: at si in bonis meis factus non sit, nihil ob ea, quod fugitivus sit, pauperior sim, utpote quum in bonis meis non sit. Quod si *sanum esse, erronem non esse,* stipulatus essem, tantum mea interesse, quantum ad praesentem usum pertineret, tametsi in obscuro esset: utpote ignorantibus nobis, quamdiu eum habiturus essem, et an futurum esset, ut eum quisquam aut a me, aut ab eo, cui vendidissem, cuive similiter promisissem, evinceret: summam autem opinionis suae hanc esse, ut tantum ex ea stipulatione consequar, quanti mea intersit, aut post stipulationem interfuerit, eum servum fugitivum non esse.

und ferner:

neque ex postfacto decrescit obligatio [3]).

Es bestätigt sich immer auf's Neue, daß es der Verkäufer ist, der den Schaden davon hat, wenn die Waare, die er ihrer Mängel wegen oder aus anderen Gründen zurückzunehmen verbunden war, durch einen Unglücksfall zu Grunde geht. Worin liegt nun der Grund dieses so auffallend scheinenden Satzes? Liegt er etwa darin, daß das Geschäft ungültig ist? Allerdings ist das Geschäft ungültig, doch nur in derselben Art, wie ein Handel, zu dessen Eingehung der Käufer durch den Betrug des Verkäufers verleitet ist; der Käufer ist nicht an den Handel gebunden, sondern kann begehren, daß der Richter ihn für ungültig erklärt und der Verkäufer die Sache zurücknimmt, welcher sodann durch Retradition das Eigenthum wieder erlangt, was einstweilen und bis dahin, zusammt dem Besitz und dem Gebrauchsrecht, bei dem Käufer, auf den es durch Tradition übergegangen war, sich befand [4]). Der Umstand, daß die Sache mit Mängeln behaftet ist oder den Erwartungen nicht entspricht, die, nach den Versicherungen des Verkäufers, der Käufer zu hegen berechtigt war, hindert den Uebergang des Eigenthums nicht, sondern berechtigt nur den Käufer, sie zurückzugeben und den vormaligen Eigenthümer auf's Neue zum Eigenthümer zu machen. Der wahre Grund scheint darin zu liegen: der Käufer, dem eine mangelhafte Sache verkauft ward, oder der sich überhaupt in dem Fall befindet, auf Redhibition

---

[3]) L. 44. § 2. D. de aedil. Edicto.

[4]) L. 16. §. 2. D. de evict. Daß der Käufer in der Zwischenzeit Eigenthümer sey, beweist der Umstand, daß er berechtigt ist, die Sache zu veräußern und zu verpfänden. L. 4. pr. D. quibus modis pignus. L. 43. §. 8. D. de aedil. Edicto.

klagen zu können, ist bei vorhandener Ungültigkeit des Handels berechtigt, sein Kaufgeld zurückzufordern, wogegen er verpflichtet ist, die Waare zurückzugeben. In jener Hinsicht ist er Gläubiger, in dieser Schuldner. Als Schuldner wird er seiner Verbindlichkeit entledigt durch den unverschuldeten Untergang des schuldigen Individui, während die Verbindlichkeit des Verkäufers, die sich nicht auf bestimmte Stücke beschränkt, sondern auf eine Quantität gerichtet ist, deren Object also gar nicht untergehen kann, fortdauert. Es tritt hier die Regel ein: Debitor liberatur interitu casuali speciei debitae [5]).

Unsere Rechtsgelehrten haben eine Frage aufgeworfen, welche selbst die römischen nicht aufgeworfen haben, nämlich, was wohl Rechtens sey, wenn die Sache nicht untergegangen, ihre Gestalt nur verändert ist. Carpzov entschied, in einem solchen Fall finde keine Redhibition Statt, und der Käufer, welcher das erkaufte Wohnhaus in ein Brauhaus verwandelt habe, müsse es behalten. Denn bei der actio redhibitoria müsse der Käufer die Sache selbst zurückgeben; wegen der erlittenen Veränderung sey sie als nicht mehr vorhanden anzusehen [6]). Ihm widerspricht Schilter. Die Redhibition sey auch jetzt noch möglich; man müsse jedoch unterscheiden zwischen wesentlichen und unwesentlichen Veränderungen. Bei wesentlichen finde keine Redhibition Statt, weil das Object als untergegangen zu betrachten sey. Hingegen bei außerwesentlichen, wohin die Verwandlung des Wohnhauses in ein Brauhaus zu rechnen sey, finde sie noch immer Statt, wiewohl der Verkäufer begehren könne, daß

---

[5]) Von dieser Seite hat auch Donell (a. a. O.) die Sache angesehen.

[6]) Dec. P. 3. dec. 222.

ihm der Schade vergütet werde, der dadurch gestiftet sey [7]). Ihm stimmt Stryck bei [8]).

Die aufgeworfene Frage, wenn sie auch im römischen Recht nicht geradezu beantwortet, ja nicht einmal aufgeworfen ist, wie sie denn auch bei den Objecten, womit das Edict der Aedilen es ursprünglich zu thun hatte und wovon die römischen Rechtsgelehrten hauptsächlich reden, nämlich Sclaven und Thieren, nicht vorkommen kann, läßt sich aus den Grundsätzen desselben leicht entscheiden. Ein Käufer, der den erkauften Sclaven frei ließ, ihn also nicht zurückgeben kann, verliert das Recht der Redhibition, wenn es ihm auch sonst zugestanden haben würde [9]). Hieraus können wir schließen, wie das Recht der Redhibition dadurch wegfällt, daß der Käufer sich selbst — und zwar nicht durch bloße Verschuldung — unfähig macht, die Sache zurückgeben zu können. Es fällt also weg, wenn er das Object veräußert oder zerstört. Handlungen dieser Art machen ihn des

---

7) *Schilter* praxis jur. rom. ex 34. 13.

8) *Stryck* usus mod. h. t. §. 20.

9) *L. 47. pr. de aedil. Edicto.* Si hominem emtum manumisisti, et redhibitoriam, et quanti minoris denegandam tibi Labeo ait: sicut duplae actio periret: ergo et quod adversus dictum promissumve sit, actio peribit. Was ließe sich aus dieser Stelle nicht alles schließen, wenn man so wie Bachov aus jener Stelle des Codex schließen wollte. Man könnte sagen: actio emti concurrire nicht mit den Klagen aus dem Edict; die Klagen aus dem Edict fänden nur wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Waare Statt, hingegen wenn sie die gerühmten Tugenden nicht an sich habe, finde eine eigene Klage Statt u. s. w. So trüglich sind dergleichen Schlüsse und so sehr muß man sich hüten, auf einzelne Stellen, wenn sie das nicht geradezu sagen, was man durch sie beweisen will, ein zu großes Gewicht zu legen.

Rechts der Redhibition verlustig; doch liegt in den Handlungen selbst nicht der Grund, sondern in der dadurch herbeigeführten Unmöglichkeit, die Sache zurückgeben und jenes Recht ausüben zu können. Deutlich erhellet dieß daraus, daß das Recht der Redhibition wieder Statt findet (wieder erworben wird kann man nicht sagen), wenn er die veräußerte Sache wieder einlöst [10]). Bloße Beschädigungen und Deteriorationen heben das Recht der Redhibition nicht auf, wohl aber ist der Käufer verbunden, Vergütung dafür zu leisten [11]). Von diesen Grundsätzen müssen wir hier ausgehen. Wenn der Käufer das erkaufte Haus niedergerissen hat, so kann keine Redhibition Statt finden, nicht, weil das Object eine Veränderung der Gestalt erlitten, sondern weil es aufgehört hat, zu seyn, und zwar zerstört durch den Käufer. Sonstige Veränderungen, welche unbewegliche Sachen erleiden, wobei sie jedoch der Substanz nach erhalten bleiben, können weiter keine Folgen haben, als daß der Käufer auf seine Kosten den vorigen Zustand wieder herstellen oder dem Verkäufer den Schaden vergüten muß, den dieser dadurch erleidet. Die Grundsätze der Specification gelten nur von beweglichen Sachen; kein römischer Rechtsgelehrter hat sie jemals auf unbewegliche angewandt. Aber, wenn auch von beweglichen Sachen die Rede ist, gehört diese Lehre geradezu nicht hieher. Die Specification ist eine Art, wodurch das Eigenthum verändert wird, indem der Eine es durch sie erwirbt, während der Andere es verliert. Hier steht dem Käufer das Eigenthum schon zu und er kann es nicht zum zweiten Mal erwerben (quod meum

---

[10]) L. 43. §. 8. D. de aedil. Edicto.

[11]) L. 23. pr. L. 25. §. 1. 2. 3. D. eod.

est, amplius meum fieri non potest). Er will es auch nicht erwerben, vielmehr verlieren, indem er bereit ist, dem Verkäufer die Sache zurückzugeben und ihn dadurch wieder zum Eigenthümer zu machen. Was hier in Betrachtung kommen kann, ist bloß der Grund, worauf die Specification beruht, welcher, wenn er vorhanden ist, macht, daß durch sie das Eigenthum verändert wird, während es, wenn er fehlt, der Specification ungeachtet, fortdauert. Es wird also hier auf den aus der Lehre von der Specification bekannten Unterschied ankommen, ob nämlich die Sache in der Art umgestaltet ist, daß ihr die vorige Gestalt zurückgegeben werden kann, oder nicht. Im letzteren Fall, da die verkaufte Sache nicht mehr vorhanden, eine neue mit einem neuen Namen aus ihr geworden ist, wird der Verkäufer nicht nöthig haben, die Sache, die nicht mehr vorhanden ist, zurückzunehmen [12]), und das Recht der Redhibition wird wegfallen; im ersteren Fall wird, da das Object fortdauert, auch das Recht fortdauern.

---

[12]) §. 25. J. de rer. div. L. 7. §. 7. D. de acq. rer. dom. L. 24. D. eod. L. 26. pr. D. eod. L. 5. §. 1. D. de rei vind. L. 9. §. 3. D. ad exh.

7) Wird die Frage erörtert, was Rechtens sey, wenn mehrere Sachen zugleich verkauft sind, von denen nur die eine oder die andere fehlerhaft ist, ob und unter welchen Voraussetzungen der Käufer alsdann berechtigt sey, mit den fehlerhaften die fehlerlosen zugleich zurückzugeben, und der Verkäufer verpflichtet, sie zugleich zurückzunehmen.

Diese Frage kömmt alle Tage vor oder kann alle Tage vorkommen. Der Richter, der nach Grundsätzen des römischen Rechts darüber entscheiden soll, wird oftmals in nicht geringer Verlegenheit sich befinden. Mehrere Stellen, die davon handeln, scheinen nicht mit einander übereinzustimmen; obwohl nahe bei einander gestellt, scheinen sie mit einander in Widerspruch zu stehen, und sollte dieser Widerspruch auch nicht wirklich vorhanden seyn, was hilft es uns, wenn wir nicht wissen, wie wir ihn heben sollen? Ist es für

uns nicht einerlei, ob ein Widerspruch wirklich vorhanden ist oder ob wir nicht im Besitz der Mittel sind, die widerstreitenden Stellen mit einander zu vereinigen? Will der Richter sich bei den Rechtsgelehrten Raths erholen, er wird bei ihnen schwerlich etwas finden, was er nicht ohne sie und vielleicht besser gefunden hätte. Zwar manchen unter ihnen kann man weder etwas Gutes, noch Böses nachsagen. Das sind die vielen, die über diese Materie ein tiefes Stillschweigen beobachten. Die aber davon reden, sind über die Schwierigkeiten dieser Materie leicht hinweggegangen; was sie davon haben, ist dürftig und mangelhaft; auch finden unter ihnen Abweichungen Statt.

Darin stimmen alle überein, daß es auf die Art ankömmt, wie der Kaufpreis bestimmt ist. Man müsse unterscheiden, sagen sie, ob die mehreren Sachen zusammen für einen Preis verkauft sind, oder ob für jede einzelne ein besonderer verabredet ist. Im ersteren Fall könne wegen Fehlerhaftigkeit einzelner Sachen auf Zurücknahme aller, im letzteren aber, der Regel nach, nur auf Zurücknahme der fehlerhaften geklagt werden. Von dieser Unterscheidung gehen fast alle aus [1]). Einige reden indessen

---

[1]) Selbst diejenigen verwerfen diese Unterscheidung nicht, welche lehren, es komme nicht sowohl auf die Art der Bestimmung des Kaufpreises, als vielmehr auf die Absicht der Contrahenten an; auch wenn für jede einzelne Sache ein besonderer Preis bedungen sey, dürften die Sachen bei der Redhibition nicht getrennt werden, wenn die Absicht der Contrahenten gewesen, daß sie bei einander bleiben sollten; denn auch diese finden in der Einheit des Preises eine solche Absicht. *Cujacius* ad h. legem Africani. *Franzke* Dig. lib. 21. tit. 1. nr. 37. 38. *Voet* ad h. tit. Dig. nr. 4.

bloß von mehreren Sachen überhaupt [2]). Zu jenen gehört Cocceji und dieser hat dießmal noch das Beste [3]).

Ich will diese Lehre nicht gerade für falsch erklären; so bestimmt als die Rechtsgelehrten sagen, daß sie richtig sey, will ich wenigstens nicht behaupten, daß sie unrichtig sey; ich beschränke mich darauf, sie zweifelhaft zu finden und meine Zweifel vorzutragen.

Wahr ist es, wenn für die mehreren Sachen nur ein Preis bestimmt ist, so ist nur ein Handel geschlossen und wie kann derselbe Handel zugleich gelten und nicht gelten, zugleich aufgehoben werden und bei Kräften bleiben. Lehrt

---

[2]) *Balduin* de aedil. Edicto (*Heineccii* jurispr. rom. et attica p. 873 et 902). *Brunnemann* Com. ad leg. 34. D. de aedil. Edicto. *Stryck* us. mod. Pand. lib. 21. tit. 1. §. 21. J. F. Behamb Roßtäuscherrecht Tit. 3. casus 52. 53. (handelt nur von Pferden). Westphal vom Kauf. §. 491. *Lauterbach* coll. theor. pract. lib. 21. tit. 1. §. 5. *Struv.* syntagma h. t. §. 3. *Cocceji* jus civ. controv. P. 2 lib. 21. tit. 1. qu. 1.

[3]) Er schreibt nämlich: Qu. 1. *Si plures res simul veneant et una sit vitiosa, an tota emtio vitietur? Resp.* Si una venditio est plurium rerum, una re vitiosa, omnes redhibentur, quia non potest pro parte valere, pro parte non valere: nec partibus id actum vel commodum.

Plures autem res conjunctim quis videtur emisse 1), si unum preditum constituit, modo confuse (L. 34. §. 1. L. 36. h. t.), una enim venditio est; 2), si non facile vel non pie separantur, ut fratres (L. 39. h. t.); 3), si ut unum corpus spectavit emtor, vel ea mens aliunde appareat, ut si quadrigam emit vel comoedorum chorum (L. 34. pr. h. t.) etsi in singulos pretium constitutum sit.

Obj. L. 38. §. fin. ubi tota emtio non vitiatur, etsi unum pretium constitutum sit.

Resp. Ibi distincte, non confuse pretium fuit constitutum, sc. in singulos certum, sed una summa comprehensum; quod ex fine ap-

uns doch Paulus [4]): facta redhibitione omnia in integrum restituuntur: *perinde ac si neque emtio neque venditio intercessit.* Und Ulpian lehrt: *redhibitio est venditionis resolutio* [5]). Es scheint daher, daß bei vorhandener Einheit des Preises der Fehler, womit die eine Sache behaftet ist, sich den übrigen, wenn ich so sagen darf, mittheile, den Käufer zur Redhibition aller berechtige.

Und dennoch, glaube ich, kann, der Natur der Sache nach, die Einheit des Preises hier nicht in Betrachtung kommen. Aus der Einheit des Preises folgt zwar Einheit des Handels, aber aus der Einheit des Handels folgt nicht, daß die verkauften Sachen nicht von einander getrennt und theilweise zurückgegeben werden können. Der Handel kann zum Theil aufgelöst werden, zum Theil bei Kräften bleiben. Da der Preis unter allen Umständen theilbar ist, kann, wenn nur das Object theilbar ist, wie es hier wirklich ist, da es aus mehreren verschiedenen Stücken besteht, die nicht zusammen gehören, derselbe Handel zugleich gelten und nicht gelten, nämlich in Hinsicht auf einzelne Stücke

---

paret, ubi excipitur casus, si separari res non possunt, quod fit pretio confuse statuto; quia sciri tum nequit, quid singulae valeant.

Si plures venditiones sint, sola res vitiosa redhibetur, quia plurium negotiorum utile per inutile non vitiatur (L. 1. pr. D. de V. O.)

4) L. 60. D. de aedil. Edicto.

5) *L.* 13. §. 2 *D. de poss.* Praeterea quaeritur: si quis hominem venditori redhibuerit, an accessione uti possit ex persona ejus? Et sunt, qui putent non posse, quia redhibitio venditionis est resolutio; alii emtorem venditoris accessione usurum, et venditorem emtoris; quod magis probandum puto.

kann er gelten, während er in Hinsicht auf andere aufgehoben wird. Die angeführte Stelle des Paulus so wenig, als die angeführte Aeußerung des Ulpian, steht dem entgegen; denn diese Stellen handeln von einer gänzlichen Redhibition und es liegt darin nicht, daß nicht eine andre möglich seyn sollte, die sich nur auf einzelne Sachen erstreckt und den Handel in Hinsicht auf diese allein vernichtet, worauf es dann bloß in Ansehung dieser einzelnen Stücke, nach des Paulus Lehre, so anzusehen ist, ac si neque emtio, neque venditio intercessisset, und bloß in Ansehung dieser einzelnen Stücke, nach des Ulpianus Lehre, der Handel wieder aufgelöst wird; während er in Hinsicht auf die übrigen bei Kräften bleibt, so als wäre er ursprünglich nur in Ansehung dieser übrigen geschlossen. Eine partielle Redhibition ist den Gesetzen so wenig fremd, daß ihrer vielmehr an mehr als einer Stelle ausdrücklich Erwähnung geschieht. Selbst da, wo der Käufer berechtigt wäre, auf Zurücknahme aller Sachen seinen Antrag zu richten, kann er sich begnügen, auf Zurücknahme der fehlerhaften zu klagen; nichts hindert ihn daran [6]). Es wird dadurch der Unterschied zwischen der actio redhibitoria und aestimatoria (s. quanti minoris) für Fälle dieser Art nicht aufgehoben; denn bei der actio quanti minoris soll bloß der Kaufpreis verringert werden, hier aber soll das verkaufte Object zurückgegeben und genommen werden, wogegen dann der Käufer den Theil des Kaufgeldes zurückverlangt, den er für den zurückgegebenen Theil des Objects erlegt hat.

---

[6]) L. 34. pr. L. 36. L. 59. §. 1. L. 64. pr. D. de aedil. Edicto.

Eine Hauptstelle in dieser Materie ist *L.* 34. *D. de aedil. Edicto;* sie rührt von Africanus her und lautet folgendermaßen:

Cum ejusdem generis plures res simul veneant, veluti comoedi, vel chorus, referre ait, in universos, an in singulos pretium constituatur: ut scilicet interdum una, interdum plures venditiones contractae intelligantur: quod vel eo quaeri pertinere, ut, si quis eorum forte morbosus vel vitiosus sit, vel omnes simul redhibeantur. §. 1. Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emtio est: ut propter unius vitium omnes redhiberi possint, vel debeant: scilicet cum manifestum erit, non nisi omnes quem emturum vel vendituruni fuisse: ut plerumque circa comoedos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat [7]).

Wir wollen die nächstfolgende *L.* 35. gleich damit verbinden, welche von Ulpian herrührt und so lautet:

[7]) Im Principio dieser Stelle heißt es: quod vel eo quaeri pertinere, ut si quis eorum forte morbosus vel vitiosus sit, vel omnes simul redhibeantur. Nach Desiderius Heraldus hat Africanus geschrieben is vel omnes und das Wörtchen *is* ist nur von dem vorhergehenden *sit* verschlungen oder verdrängt. S. *Herald.* observat. et emendat. cap. 12. (*Otto* thes. tom. 2. p. 1325). Hofmann schlägt vor, das *sit* zu versetzen und so zu lesen: quod vel eo quaeri pertinere, ut, si quis eorum forte morbosus sit, vel vitiosus (sc. solus redhibeatur) vel omnes redhibeantur. S. *Hofmann* Meletemata ad Pandectas diss. 19. §. 4. So hat Africanus gewiß nicht geschrieben. Er sollte morbosus sogleich mit vitiosus vertauscht haben? Der Sinn ist übrigens immer derselbe, — selbst wenn man die gewöhnliche Lesart beibehält.

Plerumque propter morbosa mancipia etiam non morbosa redhibentur, si separari non possint sine magno incommodo, vel ad pietatis rationem offensam. Quid enim, si filio retento parentes redhibere maluerint, vel contra? Quod et in fratribus, et in personis contubernio sibi conjunctis, observari oportet.

Die Stelle des Africanus und zwar das Principium derselben ist es, worauf die Lehre der Rechtsgelehrten sich stützt. Allein die Stelle könnte auch wohl den Sinn haben, daß zwischen dem Verkauf einer *universitas rerum* und einzelner Sachen zu unterscheiden sey, da sie dann gar nicht hieher gehören würde. Handelte sie von dem Fall, wovon hier die Rede ist, woher dann bei *plures res* der Zusatz *ejusdem generis?* Mußte nicht der Handel eben so gut ganz rückgängig werden, wenn mehrere Sachen, als wenn mehrere Sachen derselben Art für einen Preis verkauft werden? Es soll ja auf die Einheit des Preises ankommen; ist diese nicht in dem einen Fall eben so gut, als in dem anderen, vorhanden?

Cocceji scheint jene Stelle auch nur vom Verkauf einer *universitas rerum* verstanden zu haben. Wodurch wird dann aber der von den Auslegern aufgestellte Satz bewiesen, daß bei vorhandener Einheit des Preises die mehreren Sachen nicht getrennt werden können? Wenigstens die Stellen, die Cocceji dafür anführt — *L.* 34. §. 1 *L.* 36. *D. de aedil. Edicto* —, beweisen ihn nicht.

Nach römischem Recht kann man als Regel annehmen, daß, wenn mehrere Sachen zusammen verkauft sind, die fehlerhaften von den fehlerlosen bei der Redhibition getrennt werden können; nur diejenige unter ihnen, welche fehlerhaft ist, hat der

Verkäufer nöthig zurückzunehmen; in Ansehung der übrigen bleibt der Handel bei Kräften.

L. 38. §. 12. *D. de aedil. Edicto.*

Si plura jumenta venierint, non omnia erunt redhibenda propter unius ornamentum: nam et si vitiosum sit unum jugum, non tamen propter hoc cetera juga redhibebuntur §. 13. Si forte jugum mularum sit, quarum altera vitiosa est, non ex pretio tantum vitiosae, sed ex utriusque erit componendum, quanti minoris sit: cum enim uno pretio utraeque venierint, non est separandum pretium, sed quanto minoris, cum veniret, utrumque fuit, non alterum, quod erat vitiosum.

Die Regel leidet mehrere Ausnahmen, die Einheit des Preises bildet nur eine Ausnahme, wenn sie überhaupt eine bildet, wie wir weiterhin untersuchen werden, wenn die Reihe sie trifft. Für jetzt handeln wir von der fehlerlosen Nebensache, die mit der fehlerhaften Hauptsache verkauft ist; diese bildet die erste Ausnahme.

Also 1) eine Ausnahme von jener Regel findet Statt, wenn die fehlerlose Sache eine bloße Nebensache ist. Diese theilt das Schicksal der fehlerhaften Hauptsache; der Verkäufer, der die fehlerhafte Hauptsache zurücknehmen muß, kann sich nicht weigern, die fehlerlose Nebensache mit zurückzunehmen [8]). Es ist überhaupt den Grundsätzen des römischen Rechts gemäß, namentlich, wenn der Handel zurückgeht, daß auch dann die Nebensache der Hauptsache

---

[8]) *L.* 33. §. 1. *D. de aedil. Edicto.* Si vendita res redhibeatur, servus quoque, qui ei rei accessit, licet nullum in eo vitium sit, redhibetur.

folgt [9]). Wenn aber im umgekehrten Falle die Nebensache fehlerhaft ist, während die Hauptsache fehlerlos ist, so hat der Verkäufer nicht nöthig, um der fehlerhaften Nebensache willen die fehlerlose Hauptsache zurückzunehmen [10]), wiewohl die fehlerhafte Nebensache für sich allein in Betrachtung kömmt und die Mängel derselben gewährt werden müssen. Der Verkäufer muß die fehlerhafte Sache zurücknehmen, auch wenn sie eine bloße Nebensache ist; nur daß er nicht nöthig hat, die fehlerlose Hauptsache mit zurückzunehmen [11]). Noch weniger hat er nöthig, wenn mehrere Hauptsachen verkauft sind, weil die eine fehlerhaft ist, die andere fehlerlose mit zurückzunehmen. In Ansehung mehrerer Hauptsachen bleibt es bei der Regel, oder vielmehr steht jene Regel als solche fest. Man kann dabei, um die Ausnahmen zu verringern, die Regel auf sie beschränken, nur daß sie dann freilich etwas weniger allgemein lauten müßte, so daß die Nebensachen gleich von Hause aus nicht darunter begriffen wären. Wir indessen wollen auf dem einmal betretenen Wege fortwandeln.

Eine andere Ausnahme macht also 2) der Umstand, daß, nach den Umständen, anzunehmen ist, der Käufer oder Verkäufer würde die eine Sache ohne die andere nicht gekauft oder beziehungsweise verkauft haben. Der Beweis für diesen Satz kann erst bei der folgenden gegeben werden.

---

[9]) L. 31. §. 25. D. de aedil. Edicto. Westphal vom Kauf §. 821.

[10]) Westphal vom Kauf §. 489.

[11]) L. 32. L. 33. pr. D. de aedil. Edicto. Accessiones aeque ac res principales integrae ac sanae praestandae sunt, bemerkt Voet ad h. t. D. §. 6.

Eine Ausnahme von jener Regel findet 3) Statt, wenn die fehlerhaften Sachen von den fehlerlosen nicht ohne großen Nachtheil getrennt werden können, oder wenn Rücksichten der Menschlichkeit die Trennung verbieten, wie wenn Ehegatten, Eltern und Kinder oder Brüder vom Sclavenstande verkauft sind.

In Fällen dieser zweiten und dritten Art ist es ohne Zweifel dem Käufer, wenn dieser außerdem im Nachtheil seyn würde, erlaubt, die Sachen alle mit einander zurückzugeben, und der Verkäufer, wenn dieser es ist, der den Nachtheil davon hat, hat nicht nöthig, sie anders als zusammen zurückzunehmen. Wenigstens bei der zweiten Ausnahme scheint Africanus dieß deutlich zu lehren (Propter unius vitium omnes redhiberi *possunt vel debent*).

In Fällen dieser Art kömmt es ferner nicht darauf an, ob für alle die mehreren Sachen ein gemeinschaftlicher oder für jede ein besonderer Preis bedungen ist. Ohne alle Rücksicht auf Einheit oder Mehrheit des Preises bleiben die Sachen bei einander, wenn der Käufer, oder beziehungsweise der Verkäufer, es begehrt, wie das römische Recht ausdrücklich lehrt:

L.* 34. §. 1. *D. de aedil. Edicto.

Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emtio est: ut propter unius vitium omnes redhiberi possint vel debeant: scilicet cum manifestum erit, non nisi omnes quem emturum vel venditurum fuisse: ut plerumque circa comoedos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat.

L.* 35. *D. eod.

Plerumque propter morbosa mancipia etiam non

E 2

morbosa redhibentur, si separari non possint sine magno incommodo, vel ad pietatis rationem offensam. Quid enim, si filio retento parentes redhibere maluerint, vel contra? Quod et in fratribus, et in personis contubernio sibi conjunctis, observari oportet.

4) Eine vierte Ausnahme findet Statt bei Thieren, die wegen ihrer Gleichheit, oder vielmehr Aehnlichkeit im Aeußerlichen, namentlich in der Farbe, mit einander vereinigt, als zusammengehörig verkauft sind, z. B. es wird ein Zweigespann oder Dreigespann oder Viergespann brauner oder gelber oder weißer Pferde verkauft. Diese gehören nun auch bei der Redhibition zusammen, und wenn auch nur das eine fehlerhaft, oder überhaupt auch nur in Ansehung des einen ein Grund vorhanden ist, weshalb der Käufer zur Redhibition berechtigt ist, kann der Käufer begehren, daß der Verkäufer das andere oder die anderen zugleich zurücknimmt, und auch der Verkäufer hat wider seinen Willen nicht nöthig, bloß das fehlerhafte zurückzunehmen. Schon das Edict selbst hat den Rechtssatz aufgestellt und ihn eben so deutlich als bestimmt und sorgfältig ausgedrückt:

Si jumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, judicium dabimus, quo utrumque redhibeatur [12]).

Und dadurch ist, wie Ulpian hinzusetzt, für beide gesorgt, sowohl für den Verkäufer, wie für den Käufer [13]).

---

[12]) *L. 38. pr. D. de aedil. Edicto. Jumenta* sind Zug- oder Lastthiere, doch nur Pferde, Maulthiere und Esel; Ochsen sind hier nicht unter diesem Ausdruck gemeint, sie sind aber unter *pecus* begriffen, wovon ein dem Edict angehängtes Elogium besonders handelte. L. 38. §. 4. et 5. D. de aedil. Edicto.

[13]) L. 38. §. 14. D. de aedil.

Diese vierte Ausnahme ist keineswegs schon unter der zweiten enthalten, denn die zweite setzt voraus, daß in ein-

---

Edicto. Bei der Erklärung des Ausdrucks *jumenta paria* muß man, glaube ich, zwei Bedeutungen unterscheiden. In der ursprünglichen Bedeutung sind *jumenta paria* Pferde u. s. w., die einander gleich oder vielmehr ähnlich sind, nämlich im Aeußerlichen, besonders in der Farbe. Thiere dieser Art pflegt man zu vereinigen, sie als solche zu behandeln, die zusammen gehören, besonders beim Gebrauch, man spannt sie z. B. zusammen an den Wagen, läßt sie immer in Gesellschaft gehen, ziehen u. s. w., und wer Pferde und Wagen hält und ein Gespann braucht, sieht sich nach solchen um, die im Aeußerlichen, besonders in der Farbe, worauf man hier hauptsächlich zu sehen pflegt, einander gleichen und zusammengespannt das Auge nicht beleidigen, sondern durch das Uebereinstimmen der äußeren Gestalt es ergötzen. Weil man Thiere, überhaupt Sachen, die einander gleich oder ähnlich sind, wenn ihrer mehrere erforderlich sind, überhaupt das Gleiche zu dem Gleichen zu gesellen pflegt, so rührt es wohl daher, daß man die mehreren Sachen, die man wegen ihrer Gleichheit, oder vielmehr Aehnlichkeit, als zusammengehörig vereinigt hat, oder die als solche gebraucht oder gedacht werden, ein Paar zu nennen pflegt, ein Ausdruck, den man auch wohl bei gesellschaftlich verbundenen Personen gebraucht. Dieß scheint auch mit der lateinischen Sprache und der davon abgeleiteten Bedeutung des Wortes par, e. g. mularum, übereinzustimmen. Nach einem Ausdruck des Ulpian in einer Stelle, die bald nachher im Text folgt:

si nondum sunt paria constituta

ist anzunehmen, daß Willkühr der Menschen hier in Betrachtung kömmt und paria diejenigen sind, die man dazu gemacht, d. h. als zusammengehörig behandelt hat. Es würden also darunter zu verstehen seyn Sachen, hier Thiere, die man wegen ihrer Gleichheit, als sollten sie zusammengehören, vereinigt hat. Dieß Letztere kann auch bei'm Verkauf selbst hervortreten, z. B. Jemand sucht ein Gespann gleicher Pferde, etwa um ein abgegangenes zu ersetzen, und

zelnen Fällen Gründe vorhanden sind, anzunehmen, daß der Käufer die Sache nicht einzeln habe kaufen, oder der Ver-

---

ein Anderer bietet ihm solches zum Kauf an. Eines besonderen Beweises darüber, daß diese Pferde als zusammengehörig oder als ein Paar verkauft sind, wird es nicht bedürfen, sondern die Umstände werden darüber Auskunft geben. Wie sollte auch über das, was ausdrücklich nicht erklärt wird, ein anderer Beweis geführt werden können? Nämlich den besten Beweis gibt die Uebereinstimmung der Pferde im Aeußerlichen, namentlich die Gleichheit der Farbe, selbst an die Hand, also der Umstand, daß sie wirklich sind, was der Ausdruck jumenta paria ursprünglich bezeichnet; diesen aus der Gleichheit der Gestalt, welche die Vereinigung hervorbringt, hervorgehenden Beweis unterstützt die gleiche Zahl der Pferde und der Umstand, daß diese also gestalteten Thiere, diese gleichfarbigen Pferde, in dieser Zahl, z. B. je zwei oder vier oder sechs — kurz in einer Zahl, wie sie bei uns bei Gespannen üblich ist — dem Anderen vereinigt zu Kauf angeboten oder von ihm gesucht sind, zumal wenn es ein Mann von Stande ist, der nicht bloß auf das Bedürfniß, sondern auch auf das Schöne sieht. Denn auch der Stand kann hier, sey es auch nur zur Bestärkung, in Betrachtung kommen. Wer die Pferde nicht kauft, um sie einzeln wieder zu verkaufen, wer sie nicht seines Gewerbes wegen anschafft, um sie zur Arbeit zu gebrauchen, sondern Pferde und Wagen hält, um zu seinem Vergnügen damit zu fahren, oder zu reisen u. s. w., der wird, wenn er mehrere Pferde kauft, nur jumenta paria kaufen wollen. J. F. Behamb in seinem Roßtauscherrecht Tit. 3. Rechtsfall 52. wirft die Frage auf: wann unter einem Zug verkaufter Pferde sich ein mangelhaftes befindet, ob darum alle können anheimgestellt werden. Er bildet sodann folgenden Rechtsfall: Moses verkauft dem Mevius ein Paar oder sechs gleichfarbige Pferde in einem Zug zusammen, deren eins oder das andere mit Mängeln behaftet gewesen, daher, weilen ihm der Zug nichts nutzet, weniger zum Gebrauch als zum Verkaufen dienet, wird gefraget, ob er sie

käufer sie nicht einzeln habe verkaufen wollen. Solche Gründe sind nun zwar auch im Allgemeinen bei der vierten vorhanden; aber es ist doch in einzelnen Fällen nicht danach zu fragen, ob derjenige, welcher jumenta paria kaufte oder verkaufte, sie nur miteinander habe erwerben oder beziehungsweise veräußern wollen, indem diese Absicht schon vom Gesetz als entschieden angenommen ist. Ja das Gesetz erwähnt nicht einmal dieser Absicht, wiewohl wir sie ohne Mühe hinzudenken können, sondern es begnügt sich, den Satz aufzustellen: jumenta paria sind bei der Redhibition nicht zu trennen; der ganze Handel wird rückgängig, wenn auch nur das eine jumentum fehlerhaft oder nur an dem einen etwas auszusetzen ist. Es kann auch seyn, daß nicht

---

sammentlich wieder zurückschlagen könne. Er antwortet Ja und beruft sich auf L. 34. L. 35. L. 38. §. 14. L. 64. §. 1. D. de aedil. Edicto. Dann führt er als Grund der Entscheidung an: weilen alles, was zu einem Ding gehörig, in einer Gleichheit seyn muß, insonderheit, wann die übrigen Pferde außer diesen keinen Nutzen schaffen. Der zuverlässige Alte erwähnt nichts von einem Beweise über die, wenn ich so sagen darf, Paritas.

Allerdings gereicht es zum Nachtheil Beider, wenn die gepaarten Thiere bei der Redhibition getrennt werden. Besonders ist es der Käufer, dem eine solche Trennung zum Nachtheil gereicht. Denn, wenn er z. B. das eine Pferd zurückgibt und das andere behält, wo findet er gleich ein anderes wieder, was, fehlerfrei und ausgerüstet mit den Eigenschaften, wie er sie wünscht, zu dem zurückbehaltenen paßt, und wenn er es findet, wird er nicht mehr geben müssen, als er sonst gethan hätte, um nur den Mangel zu ersetzen? Wird nicht der Verkäufer, wenn er sieht, daß es ihm gerade um ein Thier dieser Art besonders zu thun ist, sich seine Verlegenheit zu Nutze machen und bei Bestimmung des Preises den Bogen höher spannen, als sonst geschehen wäre?

diese zu vermuthende Absicht dem Gesetz zum Grunde liegt, sondern der Nachtheil, den beide, sowohl Käufer als Verkäufer, empfinden, wenn *jumenta paria* getrennt werden, wiewohl freilich dieser Nachtheil eben bei jener Absicht am Ende auch zum Grunde liegt oder mit liegen kann. Nimmt man an, das Gesetz habe bloß jene zu vermuthende Absicht berücksichtigt, so würden zwar beide Ausnahmen in dem Grunde, worauf sie beruhen, zusammentreffen, ja es würde die vierte als ein zur zweiten gehöriges Beispiel zu betrachten seyn, wie denn Africanus sie auch als ein solches aufführt, allein es würde doch immer zwischen diesem einzelnen Fall und allen übrigen Fällen, die unter der zweiten Ausnahme begriffen sind, ein merklicher Unterschied seyn. Nämlich in allen diesen übrigen Fällen müßte der Käufer oder Verkäufer beweisen, daß jene Absicht obgewaltet habe; er müßte besondere Gründe angeben, weshalb anzunehmen, daß er alle habe kaufen oder verkaufen wollen, alle oder keine; allein in diesem Fall, da nämlich jumenta paria verkauft sind, würde jene Absicht als vorhanden anzunehmen seyn, und, wiewohl sie selbst in diesem Fall nach Africanus nur plerumque wirklich vorhanden ist, würde sie, da das Gesetz — hier das Edict der Aedilen — es einmal so verordnet hat, wenigstens in allen Fällen, da *jumenta paria* verkauft sind, als vorhanden anzunehmen seyn, bis der Gegner bewiese, daß sie in diesem besonderen Fall nicht vorhanden gewesen.

5) Die fünfte Ausnahme würde die *universitas corporum* machen. Von dieser redet, wie ich oben vermuthet habe, Africanus. Aber wenn er auch nicht von ihr, sondern bloß von mehreren Sachen redete, sollte diese Ausnahme nicht auch ohne Autorität eines Gesetzes zu machen

seyn? Eine solche universitas ist ja *unum corpus*; die einzelnen Sachen, woraus sie besteht, sind Theile und Glieder derselben; müßte es also dem Käufer nicht freistehen, wegen der Fehlerhaftigkeit einzelner Theile die ganze Sache zurückzugeben?

Die fünfte Ausnahme ist, nebst der ersten, in der Natur der Sache gegründet; wenn eine universitas corporum als *unum corpus* zu betrachten ist, so muß die Mangelhaftigkeit einzelner Stücke nothwendig das Ganze fehlerhaft machen; alle übrigen Ausnahmen sind es nicht. Nach der Natur der Sache, wenn mehrere Sachen verkauft sind, findet eine Trennung derselben immer Statt. Sollten sie bei einander bleiben, so hätte der eine Contrahent dem anderen dieß ausdrücklich erklären müssen. Was gehen z. B. den Käufer die geheimen Gedanken des Verkäufers an? Auch liegt dieß schon zugestanden in den Worten des Edicts, wenn jumenta paria verkauft sind, so soll der Verkäufer zugleich mit dem fehlerhaften auch das fehlerlose zurücknehmen. Einer solchen Verordnung würde es nicht bedurft haben, wenn dieß etwas wäre, was sich schon von selbst verstünde. Indessen kömmt der Umstand hier in Betrachtung, daß, wenn zwei Personen einen Vertrag mit einander schließen, sie ein Geschäft zu schließen glauben, was von Bestande ist. Sie können nicht füglich auf alle Fälle, die sich etwa ereignen können, und namentlich nicht auf das bloß mögliche Zurückgehen des Handels, woran Niemand denkt, Rücksicht nehmen. Es ist daher billig, daß die Gesetze auf die Gedanken Rücksicht nehmen, welche Handlungen dieser Art gewöhnlich zu begleiten pflegen, wie sie auch in anderen Fällen thun, wo es weniger nöthig wäre.

6) Ob nun auch die Einheit des Preises, der

für mehrere Sachen zugleich bedungen ist, eine Ausnahme — es würde die sechste seyn — hervorbringe, das ist die Frage, womit wir anfingen und zu welcher wir jetzt zurückkehren. Von allen Fällen scheint dieser der wichtigste zu seyn, gleichwie er der schwierigste ist, weshalb wir genöthigt sind, länger, als bei den übrigen, bei ihm zu verweilen.

Von dem vorigen Fall ist dieser sehr verschieden. Es ist ein Unterschied, ob mehrere Sachen, die als ein Ganzes anzusehen sind, oder ob bloß mehrere Sachen für einen Preis verkauft sind. Im letzten Fall sind die einzelnen Sachen nicht Theile eines Ganzen, sondern jede besteht ganz für sich. Zwar ist auch im letzten Fall nur ein Handel geschlossen; aber dieß kömmt hier nicht in Betrachtung; genug, daß es nicht Ein Object ist, was verkauft ward.

Der einzige Grund, auch in diesem Fall eine Ausnahme zu machen, könnte nur darin liegen, daß aus der Einheit des Preises auf den Willen der Contrahenten zu schließen sey, daß die verkauften Sachen bei einander bleiben sollen. Allein aus dem bloßen Umstande, daß für mehrere Sachen ein Preis bedungen wird, läßt sich diese Absicht nicht mit Sicherheit schließen. Es kann sehr wohl seyn, daß der Käufer jede auch einzeln erwerben, der Verkäufer auch jede einzeln veräußern möchte und die Einheit des Preises soll bloß dazu dienen, das Zustandekommen des Geschäfts zu befördern, oder das Geschäft selbst zu erleichtern. Wie oft geschieht es z. B. nicht, wenn Käufer und Verkäufer nicht über den Preis einig werden können, daß dann der Käufer sich bereit erklärt, den geforderten Preis zu geben, wenn diese oder jene Sache, nach der er auch trachtet, in dem Handel begriffen seyn solle,

oder umgekehrt, der Verkäufer erklärt sich bereit, diese oder jene Sache, die ihm auch feil ist, hinzuzufügen, damit der Handel zu Stande komme. Hier will der Käufer die eine Sache auch ohne die andere haben, er will nur nicht so viel dafür geben, als der Verkäufer verlangt; der Verkäufer will die eine Sache auch ohne die andere veräußern, nur nicht für denselben Preis.

Es lehrt auch Ulpian mit dürren Worten, wenn mehrere Sachen, selbst mehrere Sachen von derselben Art, für einen Preis verkauft sind, *unius est redhibitio*, *non omnium*, und dieß lehrt er nicht ein Mal, sondern mehrere Male:

L. 38. §. 13. *D. de aedil. Edicto.*

Si forte jugum mularum sit, quarum altera vitiosa est, non ex pretio tantum vitiosae, sed ex utriusque erit componendum, quanti minoris sit: cum enim uno pretio utraeque venierint, non est separandum pretium, sed quanto minoris, cum veniret, utrumque fuit, non alterum, quod erat vitiosum.

§. 14. *eod.*

Cum autem jumenta paria veneunt, edicto expressum est, ut, cum alterum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur: in qua re tam emtori, quam venditori consulitur, dum jumenta non separantur. Simili modo et si triga venierit, redhibenda erit tota: et si quadriga, redhibeatur. Sed si duo paria mularum sint, et una mula vitiosa sit, vel par: solum par redhibebitur, alterum non: si tamen nondum sint paria constituta, sed simpliciter quatuor mulae uno pretio venierint, unius erit mulae redhibitio, non omnium: nam et si polia venierit, dicemus,

unum equum, qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere. Haec et in hominibus dicemus, pluribus uno pretio distractis: nisi si separari non possint, utputa si tragoedi, vel mimi,

(*L.* 39. *D. eod.*) vel fratres, setzt Paulus hinzu; (*L.* 40. *pr. D. eod.*) hi enim non erunt separandi, endet Ulpian.

Zwar *uno pretio* verkaufen soll hier bloß bedeuten die für die mehreren Sachen bedungenen mehreren Preise zusammenziehen. Dieß lehrten schon die Glossographen. Denn sie erklärten das *unum* pretium für *unicum* pretium, *factum s. collectum ex pretiis singulorum* [14]. Allein diese Erklärung ist sehr unnatürlich. Man sieht es ihr an, daß bloß das dringende Bedürfniß ihr das Daseyn gab; aber wenn auch der Zustand der Noth dem Ausleger zur Entschuldigung gereicht, seine Erklärung wird dadurch um nichts besser; während wir ihm selbst Gerechtigkeit widerfahren lassen, fühlen wir uns durch ihn nicht belehrt, nicht beruhigt. Mehrere Sachen für einen Preis erkaufen und die Preise mehrerer Sachen zusammenrechnen, sind zwei ganz verschiedene Dinge. Kein vernünftiger Mensch wird so verschiedenartige Sachen durch dieselben Worte ausdrükken; kein vernünftiger Mensch, der mehrere Sachen für mehrere Preise erkauft hat, wird sagen, er habe sie für einen erkauft, weil die Preise der zusammen erkauften zusammengerechnet wurden, die sich immer zusammenrechnen lassen und auch immer zusammengerechnet zu werden pflegen. Ein solches Zusammenrechnen, es mag vor oder nach dem Abschluß des Handels geschehen, ist in der Sphäre

---

[14]) S. die Glosse zu L. 38. D. de aedil. Edicto.

des Rechts ein völlig gleichgültiger Umstand, und daher würde das *uno pretio* in dieser Bedeutung auf alle Fälle ein Zusatz seyn, den Ulpian ganz umsonst hinzugefügt hätte, was sich doch nicht annehmen läßt.

Um jene Auslegung zu rechtfertigen, beruft man sich auf eine Aeußerung des Pomponius, welcher *L. 36. D. de aedil. Edicto* schreibt:

> Si plura mancipia uno pretio venierint, et de uno eorum aedilitia actione utamur, ita demum pro bonitate ejus aestimatio fiet, si confuse universis mancipiis constitutum pretium fuerit. Quod si singulorum mancipiorum constituto pretio, universa tanti venierunt, quantum ex consummatione singulorum fiebat, tunc cujusque mancipii pretium, seu pluris, seu minoris id esset, consequi debemus.

Im Grunde setzt Pomponius hier nur — und zwar zum Ueberfluß — auseinander, was es heiße, mehrere Sachen uno pretio verkaufen; sie sind nur dann uno pretio verkauft, si confuse universis e. g. mancipiis pretium constitutum fuerit — was sich von selbst versteht — und welche Wirkung dieß in Hinsicht auf den Preis einzelner Stücke hat. Es kommt namentlich in solchen Fällen auf die Beschaffenheit einzelner Stücke an. Will man aus dieser Stelle schließen, unter dem Ausdruck *uno pretio vendere* könne auch der Fall gemeint seyn, da mehrere Sachen für mehrere Preise verkauft und die Preise zusammengezogen sind, was die Ausdrücke des Pomponius nicht nothwendig mit sich führen, so würde daraus noch nicht folgen, daß gerade Ulpian von beiden möglichen Bedeutungen des Ausdrucks die letztere, sehr uneigentliche, und noch dazu ganz umsonst, gebraucht habe. Es ist möglich, daß in einzelnen Fällen

unter besonderen Umständen nach dem Zusammenhange der Ausdruck *unum pretium* den kurzen Inbegriff mehrerer Preise, die Gesammtzahl aller, ausdrücken soll, aber, wenn dergleichen besondere Gründe fehlen, und namentlich hier, wo sie fehlen, bedeutet der Ausdruck *uno pretio emere*, was Jeder im ersten Augenblick dabei denkt, wenn er hört, Jemand habe mehrere Sachen für einen Preis gekauft; nämlich nur einen Preis für alle ursprünglich bedingen, so als machten die mehreren Sachen nur eine aus.

Es gibt aber noch andere Stellen, welche nicht jene Auslegung, sondern den Rechtssatz selbst, daß nämlich bei vorhandener Einheit des Preises die erkauften mehreren Sachen bei der Redhibition nicht zu trennen sind, zu unterstützen tauglich scheinen, wiewohl die Ausleger sie zu diesem Zweck, wenigstens beide, nicht zu benutzen pflegen:

L. 64. § 1. D. de aedil. Edicto.

> Idem (Labeo) ait, si uno pretio plures servos vendidisti sanosque esse promisisti, et pars eorum duntaxat minus sana sit, de omnibus adversus dictum, promissum recte agi.

Nach dieser Stelle des Pomponius ist also der Käufer berechtigt, wenn von mehreren für einen Preis gekauften Sclaven nur einige ungesund sind, alle zurückzugeben. Allein der Verkäufer hatte versichert, daß die Sclaven gesund seyen; eine solche Versicherung ist gleich einem Versprechen; das eine konnte für das andere gesetzt werden; vielleicht hatte er auch wirklich versprochen, für die Gesundheit der Sclaven haften zu wollen; nach den Worten des Rechtsgelehrten scheint es so. Wie es sich nun hiermit verhalten mag, es könnte wohl seyn, daß es hier nur auf die Auslegung des Vertrages ankam. Die Versicherung des

Verkäufers, die Sclaven seyen gesund, bedeutete, daß alle gesund seyen — wer allgemein spricht, schließt nichts aus — und dieß bewährte sich nicht, weil einige Kranke darunter waren. Diese einigen kranken Sclaven machten schon, daß, als sey der Vertrag nicht erfüllt, contra dictum promissumve verkauft, auf Zurücknahme aller Sclaven geklagt werden konnte. Aber freilich kann einer mir dann entgegensetzen, was ich der gewöhnlichen Theorie nur so eben entgegensetzte, auch Pomponius habe dann das *uno pretio* vergebens gebraucht. Indessen dieß kann nicht zugegeben werden. Das *uno pretio* steht hier nicht umsonst. Nur bei vorhandener Einheit des Preises, und folglich des Handels, konnte die Frage, wovon hier die Rede war, überhaupt aufgeworfen werden und die Entscheidung derselben nur überhaupt zweifelhaft seyn.

Mehr, als diese, kommt eine andere Stelle, die zwar nicht unmittelbar von Pomponius herrührt, sondern von Paulus, aber die Grundsätze desselben berichtet, der gewöhnlichen Theorie zu Gute, wiewohl die Ausleger sie zu diesem Zweck nicht zu benutzen pflegen; nur Balduin führt sie an. Diese Stelle ergibt wenigstens so viel, daß, auch abgesehen von besonderen Verträgen und Versprechen, Pomponius nach seinen Grundsätzen den Käufer für berechtigt gehalten, wegen Fehlerhaftigkeit einzelner von mehreren uno pretio erkauften Sachen alle zurückzugeben. Seine Grundsätze kommen vor in der Lehre von Schenkungen unter Ehegatten. Wenn von dem beschenkten Ehegatten der schenkende das Geschenk zurückfordert und es ist nicht mehr bei ihm vorhanden, sondern aufgezehrt oder verbraucht, so kann er doch, statt der Sache, wie die Rechtsgelehrten wissen, so viel fordern, als der Beschenkte zur Zeit der Litisconte-

station sich durch die Schenkung bereichert befindet [15]). Gesetzt nun, es ist Geld geschenkt und für dieß Geld hat der Beschenkte zwei Sclaven angekauft, davon ist der eine gestorben, der andere überlebende aber noch so viel werth, als das Geschenk beträgt, wie viel kann in diesem Fall der Schenkende fordern? Man müsse unterscheiden, lehrte Pomponius, ob beide Sclaven für einen Preis erkauft sind, oder ob für jeden ein besonderer erlegt ist; sind beide für einen Preis erkauft, so könne der Schenkende den ganzen Betrag des Geschenks, als welcher dem vollen Werth des überlebenden gleich kommt, fordern — denn so weit findet sich der Beschenkte bereichert —; sind sie für mehrere erkauft, so müsse er sich mit der Summe begnügen, die dieser beim Ankauf gekostet habe. Die Entscheidung selbst gehört nicht hierher, desto mehr der Grund, nämlich derjenige, worauf nicht sowohl die Entscheidung, als vielmehr die Unterscheidung beruht. Man sieht nämlich, daß nach des Pomponius Ansicht, wenn mehrere Sachen für einen Preis erkauft sind, durch die Einheit des Preises eine Einheit des Objects — es würde eigentlich eine Vereinigung seyn — hervorgebracht wird. Diese Ansicht scheint sehr unnatürlich zu seyn. — Aus der Einheit des Objects folgt dann wieder die Unzertrennlichkeit desselben und zwar, wenn man jene zugibt, folgt diese ganz natürlich. — Pomponius dachte nämlich: es sind hier zwei Sachen erkauft, sie sind für einen Preis erkauft, in diesem Fall ist es so anzusehen, als wäre nur eine Sache erkauft, oder als machten beide nur eine aus; ist nun eine von beiden untergegangen, so folgt daraus, daß nicht die ganze Sache untergegangen ist, es ist

[15]) L. 7. pr. et §. 3. et seq. D. de donat. inter virum et ux.

vielmehr so anzusehen, als wenn die erkaufte Sache theilweise zerstört oder beschädigt wäre; man muß also sehen, wie viel ist das Uebriggebliebene werth; um so viel ist der Beschenkte jetzt noch bereichert. Ist für jede ein besonderer Preis bedungen, so sind der Sachen so viele, als Preise, und hier würde es unbillig seyn, daß der Schenkende den vollen Betrag des Geschenks zurückerhielte, wenn von beiden dafür angeschafften Sachen die eine ganz untergegangen ist; weil ihm dann der Untergang des einen der beiden Objecte gar nicht nachtheilig wäre. Also vorbereitet, sehen wir jetzt die Stelle selber an:

L. 28. §. 4. *D. de donat. inter virum et uxorem.*
Paulus.

Quod si ex decem duos servos emerit, et eorum alter mortuus sit, alter decem dignus sit, solet quaeri. Et *plerique et Pomponius* (also nicht alle, folglich waren verschiedene Ansichten da) interesse putant, utrum uno pretio venierint, an diversis: si uno, tota decem petenda; quemadmodum si una res emta deterior facta esset, vel grex, vel carruca, et aliqua pars inde perisset: si diversis, hoc solum petendum, quanti sit emtus, qui superest.

Könnte die Einheit des Preises die mehreren Sachen zu einer machen, so würde auch bei'm bloßen Zusammenziehen der Preise dasselbe gelten müssen, wenigstens, wenn es vor dem Abschluß des Handels geschieht, z. B. einer sagte: ich gebe dir für die Uhr 20, für den Ring 30, zusammen 50; oder: ich gebe dir 50, davon rechnen wir 20 für die Uhr, 30 für den Ring, willst du das? Wenn mehrere Sachen uno pretio erkauft werden, geschieht ja im Grunde eben das auch, nur in Gedanken und nicht mit so bestimmter

Absonderung der einzelnen Größen. Der Unterschied ist nur, daß hier, während beide im Stillen ihren Ueberschlag machen, sie sich begnügen, bloß das Facit zu offenbaren.

Eine andere Stelle, die von Marcianus herrührt, verdient hier in Betrachtung gezogen zu werden:

L. 44. D. de contrah. emt.

Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est: neque in vivo constat emtio.

Bekanntlich gilt ein Handel nicht, der über ein Object geschlossen ist, was zur Zeit des Kaufs nicht mehr vorhanden war, z. B. zwei handeln über ein Haus, was, ohne daß die Contrahenten davon wissen, Tags vorher abgebrannt ist. Es liegt dabei die Regel zum Grunde, ein Handel kann nicht gelten, dem es am Object fehlt. Sine re, quae venit, nulla est venditio [16]). Ist ein Theil übrig geblieben, so kommt es darauf an, ob die Hälfte oder mehr übrig geblieben. In diesem Fall gilt der Handel, sonst aber nicht [17]).

Dieß vorausgeschickt, sieht man auch aus dieser Stelle, daß die Einheit des Preises die erkauften mehreren Objecte zu einem Ganzen verbindet; daher können sie nicht von einander getrennt werden, und ist der eine erkaufte Sclave vor dem Verkauf gestorben, gilt auch in Ansehung des überlebenden, wie Marcianus lehrt, der Handel nicht. Unterscheidungen, wie sie bei leblosen Sachen Statt finden, ob die Hälfte oder mehr oder weniger übrig geblieben, konnten hier nur unpassend seyn [18]).

---

[16]) L. 8. pr. D. de contrah. emt. G. Noodt de forma emendandi doli mali cap. XI.

[17]) L. 15. pr. L. 57. pr. D. de contrah. emt.

[18]) Westphal vom Kauf §. 58.

Nach allem, was vorhergeht, ist es 1) wohl nicht zu leugnen, daß Ulpian wirklich geglaubt und gelehrt habe, die Einheit des Preises berechtige bei der Redhibition nicht, die fehlerlose Sache u. s. w. mit der fehlerhaften zugleich zurückzugeben. Die Art, wie man ihn anders zu erklären und mit Africanus zu vereinigen sucht, ist gezwungen und befriedigt nicht.

2) Es ist selbst zweifelhaft, ob Africanus wirklich eine entgegengesetzte Meinung gehegt habe. Der Zweifel würde sich vielleicht heben lassen, wenn man annehmen dürfte, Africanus habe wie Pomponius und Marcianus gedacht, und wiewohl er, den Worten nach, von der Idee der Einheit des Handels ausging, dennoch, gleich jenen, eine Einheit des Objects statuirt, und gerade nur deshalb von rebus ejusdem generis geredet, weil er es nur bei gleichartigen Sachen für möglich gehalten, daß durch die Einheit des Preises eine Einheit oder Vereinigung der Objecte hervorgebracht werde. Dieß alles aber kann man nicht beweisen und kaum vermuthen. Von Sachen derselben Art reden übrigens auch nur Pomponius und Marcianus; ohne ihre Lehre ausdrücklich auf Sachen derselben Art zu beschränken, sind die Beispiele — in Beispielen lehren sie überhaupt nur — bloß von gleichartigen Sachen hergenommen. Auch scheint es ganz im Geiste römischer Rechtsgelehrten zu liegen, wenn man ihre Lehre auf gleichartige Sachen einschränkt, weil die Theile, woraus ein Ganzes zusammengesetzt ist, gleichartig seyn müssen.

3) Die Meinung des Marcianus geht offenbar dahin, daß Einheit des Preises die mehreren Objecte — nämlich gleichartige — vereinigt, so daß es so anzusehen ist, als sey nur eine Sache verkauft. Eben diese Meinung hegte be-

sonders und ganz entschieden Pomponius und trägt sie mit ihren Folgen namentlich auf die Materie von der Gewähr der Mängel hinüber. Diese Meinung ist, wie es scheint, auf allen Fall dem römischen Rechtssystem mehr angemessen, als die, wie wir annehmen, entgegenstehende des Ulpian, der sie an sich nachsteht; und überdieß hat sie seit den Zeiten der Glossographen gegolten und kann als *recepta sententia* wohl keiner anderen weichen, von der wir nicht beweisen können, daß sie entschieden richtiger sey.

---

8) Die Klagen aus dem Edict, namentlich auch die *actio redhibitoria*, können mehr als einmal angestellt werden.

In Ansehung der actio quanti minoris ist dieser Satz nie bezweifelt worden, der auch dem römischen Recht vollkommen gemäß, ja ausdrücklich darin enthalten ist. Es kann seyn, daß eine Sache mit mehreren Mängeln behaftet ist; wegen des einen Mangels ist sie so viel weniger werth, und wegen eines anderen so viel. Der Käufer hätte beide Mängel zugleich zur Sprache bringen können, er hätte verlangen können, daß der Preis um so viel verringert werde, als beide Mängel zusammen die Sache weniger werth machen; aber, wenn es nicht geschehen ist, etwa, weil er den zweiten Mangel erst späterhin entdeckt hat, so hindert ihn nichts, als etwa der Ablauf der Zeit, das Versäumte durch eine zweite actio quanti minoris nachzuholen [1]).

[1]) *L.* 31. §. 16. *D. de aedil. Edicto.* Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum: quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris, dubium non est: sed ait Julianus, id agendum

Von ihrer Schwester, der actio redhibitoria, hat man wohl hin und wieder geglaubt, sie könne nur einmal angestellt werden, weil der Handel nur einmal rescindirt werden könne. Allein, wie wir gesehen haben, die Klage geht nicht darauf, daß der Handel wieder aufgehoben, sondern, daß er für ungültig erklärt und wenigstens also behandelt werde. Doch kommt es hier darauf nicht an; denn, wenn der Kläger gesiegt hat, fällt eine neue Klage auf allen Fall weg. Wenn er aber besiegt ist, wenn der Richter ihn mit seiner Klage abgewiesen und er also das erste Mal seinen Zweck nicht erreicht hat, wie hier vorausgesetzt wird, dann geht es gar wohl an, daß er auf's Neue klagen und seinen Zweck durch eine zweite Klage zu erreichen suchen kann. Ist er als Sieger davon gegangen, kann er nicht wieder kommen, um irgend einen neuen Sieg zu erfechten. Er hat ja erlangt, was er nur einmal erlangen kann, nämlich, daß der Handel rückgängig wird und er sein Kaufgeld wieder erhält. Ist er aber besiegt, so kann er die actio red-

esse, ne lucum emtor faciat, et bis ejusdem rei aestimationem consequatur. *L.* 32. §. 1. *D. de evict.* Egit, inquit (Julianus), quanti minoris propter fugam servi, deinde agit propter morbum: id agendum est, inquit, ne ucrum faciat emtor et bis ejusdem vitii aestimationem consequatur. Fingamus emtum decem: minoris autem emturum fuisse duobus, si tantum fugitivum esse scisset emtor: haec consecutum propter fugam: mox comperisse, quod non esset sanus: similiter duobus minoris emturum fuisse, si de morbo non ignorasset: rursus consequi debebit duo: nam et si de utroque simul egisset, quatuor esset consecuturus: quia eum forte, qui neque sanus, et fugitivus esset, sex tantum esset emturus. Secundum haec saepius ex stipulatu agi poterit: neque enim ex una stipulatione, sed ex pluribus agitur.

hibitoria noch einmal anstellen, zwar nicht wegen desselben Mangels, wohl aber wegen eines anderen, wovon in der vorigen Klage noch nicht die Rede war. Dadurch unterscheiden sich unter andern beide Klagen. Während man eine zweite actio quanti minoris anstellen kann, auch wenn man den ersten Proceß gewonnen hat, setzt eine zweite redhibitoria voraus, daß man ihn verloren hat. Er ist nur ex una causa verloren, und es ist erlaubt, ihn ex alia wieder anzufangen [2]).

Eins verdient noch bemerkt zu werden. Bekanntlich hat der Käufer zwischen beiden Klagen die Wahl; es ist hier, wie die Rechtsgelehrten sagen, *concursus actionum electivus* vorhanden; hat er aber die eine erwählt und den Proceß verloren, so steht ihm auch in Hinsicht auf die andere, wie Julianus lehrt, die exceptio rei judicatae entgegen, so daß er auch mit der anderen nicht weiter klagen kann [3]).

---

[2]) *L.* 48. §. 7. *D. de aedil. Edicto.* Cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere, et praedicere, ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur. Westphal vom Kauf §. 473. Daß man sich bei der ersten Klage die neue vorbehalten, ist gut, aber nicht nothwendig; Westphal a. a. O.

[3]) *L.* 25. §. 1. *D. de exc. rei jud.* Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur, quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit: quare vere dicetur, eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei judicatae exceptione summoveri. Die Glosse findet zwischen dieser Stelle und L. 48. §. 2. D. de aedil Edicto einen Widerspruch und sucht ihn zu heben. In der letzteren Stelle lehrt Pomponius: Non nocebit emtori, si sex mensium exceptione

Auch eine Einrede, setzt Leyser hinzu, kann er dem klagenden Verkäufer nicht entgegensetzen; die exceptio rei venditae et vitiosae würde vielmehr durch die replicatio rei judicatae entkräftet werden [4]). Aber dieß alles versteht sich von solchen Fällen, da der Käufer denselben Grund der Redhibition, worüber bereits rechtskräftig entschieden ist, durch Klage oder Einrede noch einmal geltend machen will. Ein neuer Grund berechtigt zu einer neuen Klage, gleichwie er zu einer neuen Einrede berechtigt, und die exceptio oder replicatio rei judicatae braucht derjenige nicht zu fürchten, der *ex alia causa* Verminderung des Kaufpreises oder Redhibition begehrt [5]). Jene Regel, daß rechtskräftiges Urtheil der Anfechtung des Handels ein Ziel setzt, bezieht sich darauf, daß beide Ansprüche, nämlich auf Redhibition und Verminderung des Preises, zugleich erloschen sind — im Grunde ist die eine ja schon durch die Wahl erloschen, und der Ausspruch des Richters hat nur der anderen ein Ziel gesetzt, welches dann freilich die

---

redhibitoria exclusus, velit intra annum aestimatoria agere. Allein beide Stellen kommen mit einander in keinen Streit. Pomponius spricht von keinem Käufer, der bereits mit der actio redhibitoria geklagt hat und, mit der Einrede der Verjährung abgewiesen, zu der actio quanti minoris seine Zuflucht nehmen will, sondern er lehrt nur, daß einer, der mit der actio redhibitoria hätte klagen können, der es aber binnen der gesetzlichen Frist versäumt hat, dem also in Hinsicht auf die redhibitoria die Einrede der Verjährung entgegenstehen würde, nun doch noch, so lange das Jahr nicht verstrichen ist, der Mängel wegen, die ihn zur Redhibition berechtiget haben würden, mit der actio quanti minoris Verminderung des Preises begehren könne, worauf er jetzt beschränkt sey.

[4]) *Leyser* spec. 237. med. 3.

[5]) *Leyser* spec. 237. med. 2.

Folge hat, daß von jetzt an beide wegfallen; und nur in so fern kann man, auch nur sehr uneigentlich, sagen, daß beide zugleich erloschen sind, als der Richter, wenn bloß mit der actio quanti minoris geklagt ist, doch nach Umständen auf Redhibition erkennen kann [6]).

---

[6]) *L. 43. §. 6. D. de aedil. Edicto.* Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet aestimatoria, id est, quanto minoris, agamus: nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domino habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, licet aestimatoria actum fuerit, officio tamen judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur.

II.

Von der Sorge für die Person und die Erziehung des Mündels; imgleichen vom Ort seines Aufenthalts.

(Im Februar 1838.)

§. 1.

Nach der Lehre der römischen Rechtsgelehrten ist der Tutor, was der Name andeutet, der Beschützer des Unmündigen. Er soll ihn vor Gericht und außergerichtlich vertreten, ihm, wenn er selbst handelt, beistehen, ihm, der seiner Jugend wegen sich selbst nicht helfen kann, zu Hülfe kommen und ihn vor Schaden bewahren. Marcellus lehrt, die vorzüglichste Pflicht des Vormundes sey, *ne indefensum pupillum relinquat* [1]), und Servius in der bekannten Definition der Tutel (die aber kaum für eine Beschreibung gelten kann, sondern nur für eine etymologische Erklärung des Wortes, womit die Rechtsgelehrten sich über alle Gebühr viel beschäftigt, ja ganze Dissertationen darüber geschrieben haben) setzt in den Schutz, den er dem Mündel gewähren soll, das ganze Amt des Vormundes [2]). Die natürliche Vorstellung wäre wohl, daß der Vormund dem Verwaiseten den Vater ersetzen, für seine Person, seine Erhaltung und Erziehung, überhaupt für sein Bestes sorgen, mithin auch

---

[1]) L. 30. D. de adm. et per. tut.

[2]) L. 1. pr. et §. 1. D. de tutelis.

sein Vermögen verwalten soll. Der Schutz, den der Tutor dem Mündel gewähren soll, ist nur ein Theil des vormundschaftlichen Amtes, wie ja auch der Ausdruck des Marcellus bestätigt.

§. 2.

Das Wichtigste bei der Vormundschaft ist nun offenbar die Erhaltung und Erziehung des Mündels. Aber, so reich das römische Vormundschaftsrecht auch an Sätzen ist, die sich auf die Entstehung der Vormundschaft, auf die Person des Vormundes und die Verwaltung des Vermögens beziehen (von welchen jedoch ein großer Theil für uns einen geringen oder gar keinen Werth hat), so wenig enthält es über die Person, Ausbildung und Erziehung des Mündels, und dieß Wenige bezieht sich mehr auf die Kosten, die auf Erziehung und Unterhalt zu verwenden sind, als auf die Erziehung. Man darf deshalb freilich nicht glauben, als ob die Römer diese für geringe geachtet und den Vermögensverhältnissen nachgesetzt hätten; wenn sie nicht viel davon sagen, so ist es, weil sie gerade nicht nöthig hielten, viel davon zu sagen.

Zuvörderst ist von einer Pflicht des Vormundes, den Mündel zu erziehen, nirgends die Rede; auch Marcellus so wenig als Servius gedenken derselben; denn unter dem Schutz, den der Vormund dem Mündel gewähren soll und worin Servius das Amt desselben setzt, kann die Erziehung nicht begriffen seyn. Wenn man diesem Ausdruck auch die weiteste Bedeutung gibt, deren er fähig ist, kann darunter nur Erhaltung des schon Vorhandenen, aber nicht Sorge für die Sittlichkeit und noch weniger für die Ausbildung der körperlichen und geistigen Anlagen des Mün-

dels verstanden werden. Ueberhaupt kommt im römischen Recht nichts vor, was geradezu auf Einwirkung des Vormundes auf die Bildung des Mündels gerichtet wäre; nur gelegentlich wird an einer Stelle bemerkt, der Vormund sey nicht bloß den Gütern, sondern auch den Sitten des Mündels vorgesetzt [1]). In der That ist es auch nie die Meinung des römischen Rechts gewesen, dem Tutor die Pflicht der Erziehung und damit eine Last aufzulegen, der er vielleicht nicht einmal gewachsen ist. Er selbst soll nur auf die Sittlichkeit des Mündels Acht haben und ihn nicht erziehen, was man ihm auch nicht zumuthen kann, sondern nur sorgen dafür, daß er erzogen wird; die *cura educationis* ist es, was ihm obliegt. Die eigentliche Erziehung erscheint im römischen Recht als etwas von dem Amt des Vormundes Getrenntes. Es gibt einen eigenen Titel der Pandecten, welcher vom Ort der Erziehung des Mündels und von seinem Unterhalt handelt und die Ueberschrift führt: Ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis [2]) und eben so gibt es einen Titel im Codex [3]) mit der Ueberschrift: Ubi pupilli educari debeant. Beides — morari und educari — scheint hier, in der Ueberschrift und in den Titeln selbst, als gleichbedeutend genommen zu seyn, und zwar so, daß nach der Meinung des römischen Rechts derjenige, bei dem der Mündel sich aufhält, sich auch zugleich der Erziehung annehmen soll. Der Ort des Aufenthalts bezeichnet den Ort der Erziehung und dieser deutet wieder auf die Person hin, welche erziehen soll. In der That ist auch in

---

[1]) L. 12. §. 3. D. de adm. et per. tut.

[2]) Lib. 27. tit. 2.

[3]) Lib. 5. tit. 49.

diesem Alter eine Verbindung des Ortes, wo, und der Personen, von welcher der Mündel erzogen werden soll, wenn der Mündel nicht etwa einem eigenen Erzieher übergeben ist, ziemlich natürlich.

§. 3.

Was also den Ort betrifft, wo der Mündel, oder die Frage, bei wem oder von wem der Mündel erzogen werden soll, so kommt es zuvörderst darauf an, ob der Vater im Testament darüber etwas bestimmt hat. Ist dieß geschehen, so befolgt man den Willen des Vaters [1]). Im entgegengesetzten Fall hat die Mutter vor Anderen den Beruf zur Erziehung. *Educatio pupillorum tutorum nulli magis, quam matri eorum committenda est*, heißt es in einem an den Vormund erlassenen Rescript des Kaisers Alexander [2]). Wer wäre auch wohl näher dazu nach dem Tode des Vaters, als die Mutter, der man ohne Ungerechtigkeit ihr Kind nicht nehmen kann und welche schon bei'm Leben des Vaters zur Theilnahme an der Erziehung berechtigt war, die ihr in den ersten Jahren des Kindes ausschließlich überlassen zu bleiben pflegt. Wegen der zärtlichen Liebe, die eine Mutter für ihr Kind zu hegen pflegt, ist sie am meisten geeignet, es bei sich zu haben und für dasselbe zu sorgen. Die Natur selbst hat sie noch mehr, als den Vater dazu berufen. Denn warum wäre wohl den Aeltern und besonders der Mutter eine so große Liebe für das Kind eingepflanzt, daß sie wohl selbst ihr Leben daran setzt,

---

1) L. 1. §. 1. D. h. t.

2) L. 1. C. Ubi pupilli educari debeant. Die alten Rechtsgelehrten erinnern hier an einen alten Spruch: Der Mutter Treu ist alle Tage neu.

es zu schützen, wenn es damit nicht auf die Erhaltung des hülflosen Geschöpfes abgesehen wäre. — Läge der Grund davon bloß in der Abstammung, so würde diese Neigung mit gleicher Stärke wechselseitig seyn, was sie doch nicht ist. — Zwar finden sich Beispiele genug, daß Mütter aus zu großer Liebe oder Unverstand die Kinder, statt zu erziehen, verziehen, allein dem Vormunde wird es gebühren, ein wachsames Auge darauf zu haben, daß dieß nicht geschieht. Auch legt das römische Recht der Mutter ausdrücklich das Recht bei, vor Anderen verlangen zu können, daß der Mündel bei ihr erzogen werde. Wenigstens der Regel nach steht ihr die Erziehung zu, wiewohl sie ihr aus besonderen Gründen, zum Besten des Mündels, entzogen werden kann. Schreitet sie aber zur anderen Ehe, so verliert sie schon nach unmittelbarer Verordnung des Gesetzes die Erziehung, gleichwie sie in diesem Fall die gesetzliche Vormundschaft verliert, wozu sie, wenn sie will, zuzulassen ist. Dieß ist dem römischen Recht gemäß [3]), aber, wie die Practiker behaupten, wird es in praxi hiermit so genau nicht genommen und, wenn der Stiefvater nur sonst als ein rechtschaffener Mann bekannt ist, so behält die Mutter, auch nachdem sie zur anderen Ehe geschritten ist, die Vormundschaft und die Erziehung des Kindes [4]). Es kann wenigstens der Richter oder die vormundschaftliche Behörde sie ihr anvertrauen; er kann auch den Stiefvater selbst zum Vormunde ernennen [5]).

In der Theorie läßt sich die Fortsetzung der Vormundschaft von Seiten der Mutter, nachdem sie zur anderen Ehe

---

[3]) L. 1. C. cit. Nov. 22. cap. 38. Nov. 94. cap. 2.

[4]) *Stryck* usus mod. h. t. §. 2.

[5]) *Perez* ad hunc tit. C. nr. 4. *Lauterbach* Coll. h. t. §. 3.

geschritten ist, nicht rechtfertigen, so wenig wie die Fortsetzung der Erziehung, da jene, wie diese, den Gesetzen gerade zu widerstreitet, mag sie nun geschehen auf eigene Autorität oder mit Erlaubniß einer Behörde, die hier nichts zu erlauben hat. Zwar pflegen sich die Alten, um die Fortdauer der Erziehung und des Aufenthalts bei der Mutter und somit im Hause des Stiefvaters zu rechtfertigen, wohl auf eine Stelle im Codex zu berufen [6]); allein diese Stelle ward von ihnen mißverstanden. Der Streit, worin jenes Rescript erging, ward nicht darüber geführt, ob die Mutter, wenn sie zur anderen Ehe schreitet, das Kind der ersten Ehe zur Erziehung bei sich behalten könne, sondern ob einer der Verwandten, die um die Erziehung mit der Mutter stritten, in diesem Fall der Mutter etwa vorzuziehen sey, der Mutter, welcher die Erziehung, die ihr der Regel nach zusteht, nach Umständen genommen werden kann. Des Rechtssatzes, daß eine Mutter die Erziehung verliert, wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, geschieht bloß beiläufig Erwähnung. Zum Vormunde kann der Richter den Stiefvater wohl ernennen, dieß ist aber auf die Frage, bei wem der Mündel zu erziehen sey, ohne Einfluß. Dem Stiefvater steht nach römischem Recht kein Hinderniß im Wege, daß er nicht zum Vormunde des Stiefkindes ernannt werden könnte. Wenn er gleich von den Gesetzen nicht zum Vormunde berufen, auch wohl eben nicht besonders dazu geeignet ist, so ist er doch gerade nicht ausgeschlossen. Es findet sich im römischen Recht ein Beispiel, daß ein solcher zum Vormunde bestellt ward [7]).

---

6) L. 1. C. h. t.

7) L. 3. C. de contrario judicio tutelae.

§. 4.

Daß, wenn die Mutter das Kind nicht erziehen kann, gerade die Großmutter an die Reihe kommen sollte, wie Hellfeldt annimmt [1]), möchte ich eben nicht behaupten. Der Schluß von der Vormundschaft auf den Ort der Erziehung gilt nicht und eine Stelle des römischen Rechts, welche die Großmutter zur Erziehung berechtigte sogleich nach der Mutter, gibt es nicht. Nach der Mutter folgen überhaupt die Verwandten des Kindes und unter ihnen die Großmutter, und wenn sie sich nicht darüber vereinigen können, wem das Kind zur Erziehung anzuvertrauen sey, würde es der vormundschaftlichen Behörde zustehen, unter ihnen zu wählen. Die Nähe des Grades allein gewährt keinen Vorzug, weder an sich, noch bei der Wahl durch die vormundschaftliche Behörde [2]). Es kömmt hier ja nicht auf Ausübung von Rechten oder auf den Vortheil der nächsten Angehörigen an, sondern auf den Vortheil des Mündels, und daher hat derjenige billig den Vorzug, bei dem der Mündel am besten aufgehoben ist, von dem am meisten Gutes für ihn zu erwarten, am wenigsten Böses zu besorgen ist.

§. 5.

Bei wem nun auch der Mündel erzogen werden mag, selbst wenn es die Mutter ist, welcher er zur Erziehung anvertraut war, immer wird der Vormund bei der Erziehung ein Wort mitzusprechen haben. Wenn er gleich selbst nicht den Beruf hat, den Mündel zu erziehen, so liegt ihm doch die Pflicht

---

[1]) Jurispr. for. §. 1359. | [2]) L. 2. C. h. t.

auf, sich darum zu bemühen und darüber zu wachen, daß der Mündel erzogen, und zwar gehörig, erzogen wird. Es liegt dieß zu sehr in der Natur des Verhältnisses, als daß daran, auch selbst beim Mangel von Stellen des römischen Rechts, die dieß bestätigen, gezweifelt werden könnte. Indessen haben wir bereits gesehen, daß der Vormund auf das Betragen des Mündels zu sehen und ihn zur Sittlichkeit anzuhalten hat. Eben so läßt sich aus dem, was folgt, schließen, daß er Lehrer für den Mündel anzunehmen und zu besolden hat. Es folgt daraus, daß er nicht nur auf Sittlichkeit, sondern auch auf Unterricht des Mündels in Künsten und Wissenschaften Bedacht nehmen, mithin daß er für die Erziehung sorgen soll.

§. 6.

Einige stellen die Sache so dar, als sey es der Richter oder die vormundschaftliche Behörde, welche darüber die Bestimmung zu machen habe, wo oder bei wem der Mündel erzogen werden soll, welcher (Richter) dabei auf den erklärten Willen des Vaters u. s. w. Rücksicht zu nehmen habe [1]).

Hieran ist etwas Wahres. Nämlich der Richter oder die vormundschaftliche Behörde kann darüber die Bestimmung machen, wenn er deshalb angetreten wird, was bei den Römern häufig zu geschehen pflegte [2]), vom Vormunde oder von den Verwandten des Mündels, oder, wenn darüber Streit entsteht zwischen dem Vormunde und den Verwandten des Mündels [3]), er kann dann auch nach

[1]) *Hofacker* princ. jur. rom. tom. I. §. 668. und *Günther* princ. §. 517.

[2]) L. 1. pr. D. h. t.

[3]) L. 5. D. h. t. L. 1. C. h. t.

Umständen von dem Willen des Vaters abgehen und selbst der Mutter die Erziehung des Kindes nehmen [4]). Die Erhaltung und die Wohlfahrt des Mündels müssen hier das höchste Gesetz seyn. Der Richter sieht das Alter und das Geschlecht des Mündels und Alter und Geschlecht, und besonders den Charakter, desjenigen an, bei welchem der Mündel erzogen werden soll; er sorgt dafür, daß der Mündel nicht an einem Ort ernährt und erzogen werde, wo seinem Leben, seiner Gesundheit, seiner Keuschheit, seinen guten Sitten überhaupt Gefahr droht. Der Ort, wo der Mündel, oder die Personen, bei denen er ernährt und erzogen werden soll, müssen, nach dem Ausdruck des römischen Rechts, frei seyn *ab omni maligna suspicione* [5]). Auch die Verschiedenheit der Religion kann zu Besorgnissen Veranlassung geben und diese können zur Ausschließung führen; wenn in einzelnen Fällen von dem zum Erzieher zu Erwählenden Gefahr für die Religion des Mündels zu besorgen wäre, so dürfte er nicht erwählt werden [6]).

---

[4]) L. 1. §. 1. D. h. t. L. 1. C. eod.

[5]) L 1. §. 1. L. 5. D. h. t. L. 2. C. eod.

[6]) *Schilter* ex 37. §. 163. In Hinsicht auf die Vormundschaft gibt nach den Gesetzen die Verschiedenheit der Religion keinen Grund zur Ausschließung an die Hand. So kann nach einer Stelle der Pandecten ein Jude Vormund eines Nichtjuden seyn: *L.* 15. §. 6. D. de excus. Es scheint dieß durch L. ult. C. de judaeis aufgehoben zu seyn, wonach den Juden omnes administrationes et dignitates interdictae sunt; auch behaupten kraft dieser Stelle einige Ausleger, daß es aufgehoben sey. Andere lehren mit größerem Recht, es sey nicht aufgehoben, *Brunnemann* ad L. 15. §. 1. D. de excus. Unpassend scheint es auf allen Fall zu seyn, den Bekenner einer anderen Religion wider seinen Willen zum Vormunde zu ernennen, da der Unterricht in der Religion ein Hauptstück der Erziehung ausmacht. Wie kann man Jemanden zumuthen, einen Anderen in einer Religion unterrichten

§. 7.

Für Leben und Gesundheit des Mündels geht, nach der Lehre der Alten, die Besorgniß der Gefahr schon aus der nahen Verwandtschaft hervor, wobei sie sich auf L. 2. C. h. t. berufen [1]). Jene *L. 2. C. h. t.* lautet so:

Utrum nepos tuus ex filia apud te, an apud patruum suum morari debeat, ex singulorum affectione, et qui magis ad suspicionem ex spe successionis propior sit, aestimabitur.

Da die nächsten Verwandten und in derselben Ordnung, wie sie zur Erbschaft berechtigt sind, vom Gesetz zur Vormundschaft berufen sind, so scheint es, man könne a majori ad minus schließen, daß die Verwandtschaft an sich und die dadurch begründete Aussicht zur Erbschaft beim Tode des Mündels keinen Grund zur Ausschließung an die Hand geben könne. Allein der Schluß von der Vormundschaft auf den Ort des Aufenthalts und der Erziehung hat keine Gültigkeit; auch die Alten erkennen ihn nicht für gültig an; denn eine andere Bewandniß hat es mit der Vormundschaft und eine andere mit dem Ort des Aufenthalts und der Erziehung [2]). Aber die römischen Gesetze haben Verwandte auch zur Erziehung berufen und sie würden mit sich selbst im Widerspruch stehen, wenn die Verwandtschaft dessen ungeachtet einen Grund zur Ausschließung enthielte. Die angeführte Stelle beweist den angeführten Satz so wenig, daß vielmehr das Gegentheil daraus zu schließen ist. Denn un-

---

zu lassen, die er selbst verwirft und vielleicht verabscheut.

[1]) *Lauterbach* Coll. h. t. §. 4.

[2]) *Brunnemann* ad L. 1. C. h. t.

ter mehreren Verwandten, welche Ansprüche darauf machen, daß der Mündel bei ihnen erzogen werde, soll nach dieser Stelle derjenige vorgezogen werden, bei dem, nach den Umständen, die Besorgniß einer, aus der Aussicht auf die Erbfolge hervorgehenden, Gefahr geringer ist; der Verwandte soll also nach dieser Stelle nicht ausgeschlossen seyn, er soll, ungeachtet der nahen Verwandtschaft, zugelassen werden. Es kommt hier alles auf die Individualität desjenigen an, bei welchem der Mündel sich aufhalten oder erzogen werden soll. Ist er als ein rechtschaffener Mann bekannt, ist Zuneigung zu dem Mündel und Eifer für sein Wohl, gutes Beispiel und gute Erziehung von ihm zu erwarten, wenigstens das Gegentheil nicht zu besorgen, so wird die bloße nahe Verwandtschaft kein Hinderniß seyn. Allein, sie kann doch in einzelnen Fällen, wenn die Gründe für und wider abgewogen werden, der Character des Vormundes zweideutig ist u. s. w., sehr in Betrachtung kommen, und wenn der Richter zweifelhaft ist, den Ausschlag geben. Der Umstand, daß derjenige, bei dem der Mündel sich aufhalten soll, sein nächster Erbe ist, nöthigt den Richter, behutsamer zu seyn, als er sonst gewesen seyn würde.

§. 8.

Nicht nur, daß Verwandte als solche bezeichnet sind, denen der Mündel zur Erziehung anzuvertrauen sey, es findet sogar Zwang gegen sie Statt [1]). Denn gleichwie die Tutel ein munus publicum ist, ist es die Last der Erziehung [2]), die als ein zur Tutel gehöriger Zweig ange-

---

[1]) L. 1. §. 2. D. h. t. L. 1. C. eod.

[2]) *Lauterbach* Coll. h. t. §. 4.

sehen werden kann, wenn sie gleich zum Theil davon abgesondert ist. Dieß munus *publicum* ist ein munus nicht für alle, sondern nur für gewisse Personen; denn nur freigelassene, verwandte und verschwägerte Personen sind es, welche durch die vormundschaftliche Behörde gezwungen werden können, den Mündel zur Erziehung bei sich aufzunehmen [3]).

§. 9.

Bei uns würde der Richter oder die vormundschaftliche Behörde als Obervormund schon *ex officio* darüber zu wachen haben, daß der Mündel nicht an einem Ort erzogen wird, wo er mit Personen in Berührung kommt, die seine Sitten verderben möchten, überhaupt wo ihm der Aufenthalt nachtheilig werden könnte, doch kömmt es auch bei uns zunächst darauf an, ob der Vater den Aufenthaltsort des Mündels bestimmt hat, oder ob eine Mutter am Leben geblieben, welche die Erziehung des Kindes übernehmen kann, wozu sie immer bereit seyn wird. Auch andere nahe Verwandte, als Großeltern u. s. w., pflegen sich dieser Last freiwillig zu unterziehen; von einem deshalb gegen sie angewandten Zwange, der hier auch unzweckmäßig erscheint und dem wenigstens gütliche Vorstellungen billig vorhergehen müßten, habe ich wenigstens nie etwas gehört.

§. 10.

Ueber die Art der Erziehung und ob auch in Ansehung deren eine Theilnahme des Richters oder der vormund-

---

[3]) L. 1. §. 2. D. h. t. L. 1. C. eod.

schaftlichen Behörde Statt finde, darüber schweigt das römische Recht. Es scheint daher, daß die Art der Erziehung dem Ermessen des Vormundes oder desjenigen, bei dem der Mündel erzogen werden soll, überlassen geblieben sey. Gleichwohl stellen Einige die Sache so dar, als habe auch in dieser Hinsicht schon nach römischem Recht eine Mitwirkung der Obrigkeit Statt gefunden; Vormund und Richter hätten gemeinschaftlich dafür zu sorgen gehabt [1]). Dieß ist bei der größeren Einfachheit der alten Zeit in Sitten und Einrichtungen und dem Schweigen des römischen Rechts nicht recht glaublich und wenigstens fehlt es darüber an allem Beweise. Aber die Obervormundschaft, die bei uns der Obrigkeit zusteht, berechtigt sie ohne Zweifel, darüber zu wachen, daß der Mündel auch in dieser Hinsicht keinen Schaden leide. Wenn gleich die Sorge für die Erziehung zunächst dem Vormunde und demjenigen, dem der Mündel zur Erziehung anvertraut ist, zusteht und sie dieselbe nach ihrer Einsicht und ihrer Kenntniß der Individualität des Mündels einzurichten haben, so kann die vormundschaftliche Behörde ohne Zweifel darüber Auskunft vom Vormunde fordern und, wenn sie die Art der Erziehung mißbilligen muß, dabei ein Einsehen haben. Die Oberaufsicht, die der Obrigkeit bei der Verwaltung des Vermögens zusteht, wie sollte sie ihr nicht bei dem zustehen, was wichtiger ist, als das Vermögen? Die Anlagen, die sich an dem Mündel zeigen, die Aussichten, die sich für ihn darbieten, die Umstände, unter denen er sich befindet, besonders auch die Größe des Vermögens, werden bei der Art der Erziehung sehr in Betrachtung kommen.

---

[1]) S. Hofacker und Günther a. d. a. St.

§. 11.

Was die Kosten der Erziehung und des Unterhalts betrifft, so versteht es sich, daß der Vormund nicht nöthig hat, sie aus seiner Tasche zu bestreiten, sondern von dem Vermögen des Mündels sind sie zu bestreiten [1]).

Wie viel auf die Erziehung und den Unterhalt zu verwenden sey, darüber die Bestimmung zu machen, dieß Recht pflegen die Rechtsgelehrten der vormundschaftlichen Behörde beizulegen. Allein, wenigstens ex officio, mischt sie sich nach römischem Recht hierin nicht. Vielmehr waltet der Vormund nach seinem vernünftigen Ermessen [2]). Nothwendig ist es nicht, daß er die vormundschaftliche Behörde deshalb antritt und durch diese die Bestimmung darüber machen läßt, ja er darf es nicht einmal, wenn der Vortheil des Mündels erheischt, daß die Lage seines Vermögens verborgen bleibe [3]). Außer diesem Fall kann der Vormund die vormundschaftliche Behörde antreten und durch diese die Bestimmung über die Größe der auf die Erziehung zu verwendenden Kosten und der Unterhaltsmittel machen lassen und es ist für ihn rathsam, daß er diesen Weg einschlage, weil ihm sonst, wenn er in dieser Hinsicht zu viel aufgewandt und mehr, als recht und billig ist, in Rechnung gebracht hat, das Uebermaß in der Rechnung gestrichen

---

[1]) L. 3. §. 6. D. h. t.

[2]) L. 2. pr. et §. 1. D. eod.

[3]) L. 2. C. de alim. praest. Dieß scheint kein recht schicklicher Grund zu seyn — denn warum soll die Lage des Vermögens ein Geheimniß seyn, etwa damit Andere dadurch getäuscht werden? Auf allen Fall muß es uns sehr auffallend seyn, daß es Fälle geben könne, wo selbst der vormundschaftlichen Behörde unbekannt bleiben dürfte, wie es mit dem Vermögen des Mündels eigentlich steht.

werden kann[4]. Die römischen Vormünder pflegten daher, um ihrer selbst willen, jenen Weg einzuschlagen; nöthig hatten sie es eben nicht[5]. Denn, wenn es nicht geschehen ist, muß dem Vormunde das Verlegte dennoch vergütet werden. Was ein rechtschaffener Vormund nach seiner Einsicht zwar eigenmächtig, aber doch nicht im Uebermaß, auf Unterhalt und Erziehung, auf die Studien des Mündels verwandt hat, das muß ihm wieder werden und gar nicht zu ertragen ist es, wenn der ernährte und unterrichtete Mündel sich des Ersatzes weigern wollte, gleich als hätte er von der Luft gelebt oder man es nicht der Mühe werth gehalten, ihn in freien Künsten oder Wissenschaften zu unterrichten; wenigstens müßte er dann doch erst beweisen, daß Andere die Kosten der Erziehung und des Unterhalts hergegeben hätten[6].

Bei der Bestimmung der Größe der auf Erziehung und Unterhalt zu verwendenden Kosten durch den Vormund

---

[4] L. 2. §. 1. D. Ubi pupillus educari debeant.

[5] L. 2. C. de alim. pupillo praest.

[6] *L. 2. C. de alim. pupillo praest.* Quod plerumque postulatur, ut arbitrio praetoris alimenta pro modo facultatum pupillis vel juvenibus constituantur, pro officio suo, qui aliena negotia gerunt, ne apud judicem controversiam habeant, faciunt. Caeterum si bonus vir et innocens tutor arbitrio suo aluit pupillos (quod interdum etiam necesse est fieri, ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur: quod melius est interim taceri, quam cum de modo bonorum quaeritur, ultro proferri, et apud acta jus dicentis contra utilitatem pupillorum designari) non dubie accepto ferre debebunt ea, quae vir bonus arbitratur merito ad exhibitionem educationis, ministeria, studiaque erogata esse. Nec ferendus est juvenis, qui cum praesens esset, studiisque erudi-

oder die vormundschaftliche Behörde ist auf die Größe des Vermögens, den Stand und das Bedürfniß des Mündels Rücksicht zu nehmen [7]). Der Vormund oder die vormundschaftliche Behörde haben dabei nicht gerade die äußerste Sparsamkeit anzuwenden und namentlich sollen die Lehrer des Mündels eher mit Freigebigkeit besoldet werden, wenn das Vermögen es zuläßt [8]). Doch ist so viel möglich Rücksicht darauf zu nehmen, daß die Einkünfte, die das Vermögen des Mündels abwirft, nicht ganz auf Erziehung und Unterhalt verwandt werden, sondern daß jährlich etwas davon erspart und für die Zukunft zurückgelegt werde [9]). Es ist auch kein unnützer Aufwand zu machen und dem Mündel zu seinem Unterhalt nicht mehr auszusetzen, als er nöthig hat, um seinem Stande gemäß leben zu können, sollte das Vermögen des Mündels auch einen größeren Aufwand zulassen [10]). Hat der Vater die Größe dessen bestimmt, was auf Erziehung und Unterhalt des Mündels zu verwenden sey, so bleibt es dabei und wird dem Vormunde in der Rechnung bestanden, es sey denn, daß der Vater die Kräfte des Vermögens des Mündels überschritten hat; denn in diesem Fall gebührt es dem Vormunde, die Größe herabzusetzen oder sich an die vormundschaftliche Behörde zu wenden, damit durch sie die Größe vermindert werde [11]). Selbst wenn die vormundschaftliche Behörde die Größe festgesetzt und dabei aus Unkenntniß der Kräfte

---

tus atque alitus esset, si ea per alium se consecutum non probet, sumptus recuset, quasi vento vixerit, aut nullo liberi hominis studio imbui meruerit.

7) L. 3. §. 1. 2. 5. D. h. t.

8) L. 12. §. 3. D. de adm. tut.

9) L. 3. §. 1. D. h. t.

10) L. 3. §. 3. D. eod.

11) L. 2. §. 3. D. eod.

des Vermögens das Maß überschritten hat, wird dem Vormunde das Uebermaß in der Rechnung gestrichen, wenn er die Behörde nicht von der wahren Lage des Vermögens in Kenntniß gesetzt und dadurch bewirkt hat, daß nicht so viel zum Unterhalt ausgesetzt oder das Ausgesetzte vermindert ward [12].

---

[12]) L. 2. §. 2. D. eod.

III.

Zur

Lehre vom Ungehorsam im Proceß.

Im April 1838.

1) Ueber den Grundsatz: *Contumacia non accusata non nocet.*

Vom Ungehorsam lehren die Rechtsgelehrten, daß der streitende Theil, welcher vom Ungehorsam des Gegners Vortheil ziehen will, ihn des Ungehorsams beschuldigen müsse und daß, so lange dieß nicht geschehen sey, der Ungehorsame den Ungehorsam wieder gut machen und auf solche Art den nachtheiligen Folgen des Ungehorsams entgehen könne. Die Rechtsgelehrten sagen daher: *Contumacia non accusata non nocet;* sie sagen auch, daß beim Ungehorsam, wie bei der mora, eine purgatio contumaciae Statt finde, — wovon man noch unterscheiden kann das *se purgare a contumacia*, gleichwie man bei der mora diesen Unterschied machen kann. —

Es sind hier eigentlich zwei Sätze, die von einander unterschieden werden müssen, deren Grenzen aber in einander laufen.

Der erste Satz lautet so: Der ungehorsame Gegner muß von dem gehorsamen des Ungehorsams beschuldigt werden. Nun muß freilich ein streitender

Theil, der vom Ungehorsam des Gegners Vortheil ziehen will, den Gegner des Ungehorsams wegen anklagen, d. h. unter Beziehung auf den begangenen Ungehorsam beim Richter darauf antragen, daß der dem Ungehorsamen gedrohete Nachtheil über ihn verhängt wird, daß er ihn für überwiesen annehme, ihn mit seinen Einreden ausschließe, ihm ein ewiges Stillschweigen auflege, die Urkunden für anerkannt, den Eid für verweigert annehme, ihm bei gebrochenem Arrest die verwirkte poena dupli auflege u. s. w. Ueberhaupt, wenn der gesetzliche Gang des Contumacial-Verfahrens richterliche Maßregeln nöthig macht, muß der streitende Theil gegen den Gegner, der des Ungehorsams sich schuldig machte, darauf antragen. Dieser Satz scheint nur eine Anwendung einer bekannten Regel des Processes zu seyn, nämlich, daß der Richter nicht von Amtswegen thätig ist, sondern der streitende Theil ihn anrufen und zur Thätigkeit aufrufen muß. Auch behauptet es Mevius, welcher schreibt: Vulgatum juris axioma est, contumacem non haberi, nec condemnari, nisi accusata contumacia. Quod in civilibus obtinet. Nec enim judex officium suum impertitur nisi imploratus [1]). Indessen ist der angeführte allgemeine Grund nicht ausreichend; er gibt keine Belehrung über das, was man hier eigentlich wissen will, nämlich warum der gedrohte Nachtheil den Ungehorsamen nicht schon ipso jure trifft; diese kann sich aber erst in der Folge und wird sich dann ganz von selbst ergeben.

Der zweite Satz ist, daß eine *purgatio contumaciae* Statt finde. Das römische Recht enthält nichts, wodurch dieser Satz begründet werden könnte. In den gangbaren

---

[1]) *Mev.* P. 8. dec. 357.

Compendien pflegen ein Paar Stellen des canonischen Rechts dafür angeführt zu werden, von denen wenigstens die eine — cap. 6. X. de dolo et cont. — nichts beweist; die andere — cap. 24. X. de officio et potest. jud. del. — könnte schon eher in Betrachtung kommen, da der Richter zu nichts berechtigt seyn kann, wozu er nicht auch verpflichtet wäre. Indessen will ich mich hierbei nicht aufhalten. Denn an und für sich hat die Sache in meinen Augen nicht den geringsten Werth und, was die Anwendung betrifft, auch in Hinsicht auf diese keinen. Die purgatio contumaciae, wenn sie auch nicht schon durch das canonische Recht begründet seyn sollte, ist es auf allen Fall durch den Gerichtsgebrauch.

Den Termin, bis wohin purgatio contumaciae möglich ist, pflegen die Rechtsgelehrten verschieden anzugeben. Während einige sie nur bis zur Ungehorsamsbeschuldigung zulassen, gewähren andere sie bis zum Urtheil des Richters. Wenn einmal der Grundsatz bei Gericht angenommen ist, daß die Art von Milde und Schonung, die in der purgatio contumaciae enthalten ist, gegen den Ungehorsamen auszuüben sey, so scheint es an einem zureichenden Grunde zu fehlen, es damit auf die Zeit vom Ablauf der Frist bis zur Ungehorsamsbeschuldigung zu beschränken. Bedarf es eines Urtheils, so kann man sagen, daß der Richter denjenigen mit der Strafe verschonen müsse, der seinem Befehl in der Hauptsache gehorsam gewesen ist, obgleich er sich damit verspätet hat. Ungehorsam ist der streitende Theil nun doch schon gewesen; ungehorsam war er vor dem Urtheil und eben so ungehorsam war er schon vor der accusatio contumaciae. Die römischen Grundsätze von der mora sind hier gar nicht anwendbar; und wären sie es, so würde die Vergleichung der accusatio contumaciae mit der Litiscontesta-

tion noch eben so unpassend seyn, als die Vergleichung des Präclusivdecrets mit der Litiscontestation. Auch der Gerichtsgebrauch scheint die purgatio contumaciae bis zum Urtheil des Richters zuzulassen. Wenigstens schreibt Mevius [2]: *Potest purgari contumacia usque ad sententiam.*

Es entsteht aber eine andere Frage, die für die Lehre von der contumacia und deren Folgen eine Präjudicialfrage ist, ob, wenn der Richter dem Ungehorsamen Strafen, namentlich in Ansehung der Sache selbst, angedroht hat, es einer Erklärung des Richters, wodurch die gedrohte Strafe für verwirkt erklärt wird, bedarf. Das römische Recht erfordert eine solche Erklärung nicht. Ist an den Beklagten eine peremtorische Ladung ergangen, so trifft den Ungehorsamen der Nachtheil, womit er bedroht ward; es bedarf nicht erst einer Erklärung des Richters, wodurch die gedrohte Strafe über den Ungehorsamen verhängt wird [3]. Dieß stimmt auch, wie es scheint, mit der Natur der Sache überein. Nicht das Interlocut des Richters, sondern der Ablauf der Zeit macht den Ungehorsamen des Rechts verlustig, die Handlung vorzunehmen, wovon die Rede ist. Wenigstens, wenn das Gesetz zu einer Handlung des streitenden Theils eine Frist vorschreibt, ist mit dem Ablauf der Frist das Recht zu der Handlung verloren, z. B. eine vom Gesetz vorgeschriebene Beweisfrist ist ein terminus ipso jure peremtorius, und dasselbe muß auch wohl gelten, wenn der Richter eine Frist vorgeschrieben hat, indem zwischen beiden Fällen, wie es scheint, kein wesentlicher Unterschied besteht. Ob derjenige, der die Frist vorschreibt, das Gesetz oder ob es der Richter ist, der durch das Gesetz die Macht

---

[2]) P. 1. dec. 134. not. 5.

[3]) L. 73. pr. D. de judiciis.

dazu hat, was kann das hier für einen Unterschied begründen [4])? Einer besonderen Erklärung des Richters nach dem Ungehorsam, daß dieß Recht dem Ungehorsamen nun nicht weiter zustehen solle, scheint es also nicht zu bedürfen; da dieß ja schon im voraus erklärt ist; wenigstens nicht in allen Fällen. Denn es würde wohl immer in Betrachtung kommen, was der Richter gedroht, wie er sich in einzelnen Fällen ausgedrückt hätte. Es würde einen Unterschied machen, ob er z. B. gesagt hätte, wenn du dich nicht meldest, soll die Klage für abgeleugnet angenommen werden und du mit deinen Einreden ausgeschlossen seyn, oder ob er sich so ausgedrückt hätte, wenn du dich nicht meldest, werde ich dich mit deinen Einreden ausschließen, dich deiner Einreden für verlustig erklären; in jenem Fall würde der gedrohte Nachtheil mit dem Ablauf der Frist von selbst eintreten, in diesem Fall erst mit der gedrohten Erklärung des Richters. Daraus würde indessen nicht folgen, daß der Ungehorsame auch nur im letzteren Fall bis zur Ausschließung oder Erklärung des Richters die Handlung noch vornehmen könne, die der Richter von ihm verlangt hatte. Das Recht, die Handlung vorzunehmen, hatte er schon vermöge der bloßen Androhung verloren, und wenn der Richter ihn bisher nicht ausgeschlossen hat, würde er diese Ausschließung noch zu jeder Zeit nachholen können, ohne daß der Ungehorsame es hindern könnte. Wenn dieser auch jetzt die Handlung vornimmt, hat er sie doch nicht binnen

---

[4]) Terminus praefixus et comminatio judicis continet exclusionem. — Constat ex jure, terminum habere vim praecludendi, nempe cum peremtorius est, qualis est omnis probatorius seu ad docendum de jure suo praefixus; *Mev.* P. 1. dec. 134.

der vorgeschriebenen Frist vorgenommen und für diesen Fall war ihm die Strafe gedroht.

Man könnte daher im Allgemeinen sagen: Wenn der streitende Theil dem Befehl des Richters nicht gehorcht, so muß geschehen, was ihm für diesen Fall gedroht ist, oder, noch allgemeiner, er muß so behandelt werden, wie es der Drohung gemäß ist. Mit dem Ablauf der Zeit hat er die Strafe verwirkt, so daß er ohne den Willen des Gegners sich ihr nicht mehr entziehen kann, wenn er das Versäumte auch jetzt noch nachholen wollte. Einer Erklärung des Richters, welcher nach Begehung des Ungehorsams die Strafe über den Ungehorsamen verhängt, kann es, wie es scheint, nur bedürfen, wenn gerade mit einer solchen Erklärung dem Ungehorsamen gedroht ist. Bedarf es nun keines Präclusivdecrets, so kann es auch keiner auf diesen Zweck gerichteten accusatio contumaciae bedürfen. Nur benachrichtigt von dem Ungehorsam müßte der Richter doch immer werden, z. B. durch Beibringung eines Beweises über die geschehene Einhändigung der Ladung, so weit die gerichtlichen Schriften darüber nicht schon Auskunft geben. Dieß sind die Grundsätze, welche, wie es scheint, die Natur der Sache mit sich bringt.

Aber — die ganze Lehre vom Ungehorsam hat sich durch den Gerichtsgebrauch ausgebildet und man muß daran nicht rücken, sondern alles lassen, wie es ist. Der Gerichtsgebrauch entscheidet hier über alles und man kann sich nicht darüber hinwegsetzen; man könnte es selbst dann nicht, wenn er auch weniger guten Grund hätte, wie er ihn in diesem Fall doch wirklich hat. Wenn eine arctatorische Ladung oder ähnliche Verfügung des Richters ergangen ist, und derjenige, an den sie erlassen ist, binnen der vorgeschrie-

benen Frist nicht Folge geleistet hat, dann wird in allen Fällen von Seiten des Gegners der Ungehorsame des Ungehorsams angeklagt und von Seiten des Richters die gedrohte Strafe für verwirkt erklärt. Und beide, Ungehorsamsanklage und Strafurtheil des Richters, die beiden Factoren der Strafe, sind hier etwas Nothwendiges, die Bedingungen, ohne welche keine Strafe Statt finden kann [5]). Auf die Ausdrücke, deren der Richter bei Androhung der Strafen des Ungehorsams sich bedient hat, kömmt es dabei nicht an. Mögen sie auf die Zukunft gestellt seyn oder sich auch auf Gegenwart oder Vergangenheit deuten lassen, das ist gleichgültig. Die Richter machen hier keinen Unterschied. Soll den Ungehorsamen die Strafe treffen, so bedarf es in allen Fällen eines Decrets nach dem Ungehorsam, wodurch dem Ungehorsamen die vormals gedrohte Strafe jetzt aufgelegt wird.

Woher rührt es nun aber, daß, wenn eine gesetzliche Frist verstrichen, es keiner accusalio contumaciae bedarf und keines Präclusivdecrets — wiewohl die Richter auf Verlangen auch hier eine desertoria zu sprechen pflegen — wohl aber, wenn eine richterliche? Das ist die Frage. Ich denke mir, der Grund der Verschiedenheit liege darin, wenn

---

[5]) Einer wirklichen Präclusion kann es nur zur Noth gleich geachtet werden, wenn der Richter den Ungehorsamen, ohne ihn dafür zu erklären, wie einen solchen behandelt, z. B. wenn er im Concurse der Gläubiger, indem er das Locationsurtheil spricht, den aufgeforderten Gläubiger, der sich nicht gemeldet hat, mit Stillschweigen übergeht, mithin ihn ipso facto von der Concursmasse ausschließt; *Mev.* P. 1. dec. 134. Die accusatio contumaciae muß dann in dem Antrage um Erlassung des Locationsurtheils gesucht werden.

das Gesetz eine Frist vorgeschrieben, unterläßt der streitende Theil, was er zu thun berechtigt, wenn der Richter, was er zu thun verpflichtet ist. Im letzteren Falle ist er, wie nicht im ersteren, zugleich ungehorsam. Darin gerade liegt es. Die Alten sahen ohne Zweifel den Ungehorsam des streitenden Theils gegen den Befehl des Richters für ein Vergehen an, was er in der That auch ist, und den ihm gedrohten Nachtheil für eine Strafe, — so wird sie auch genannt — die ihm nicht bloß gedroht, sondern, wie die durch das Gesetz gedrohte Strafe, durch den Richter zuerkannt werden müsse. Zu dem Ende bedürfe es einer accusatio contumaciae, die sie der Klage gleichstellten — der Gegner des Ungehorsamen führt Beschwerde über das Unrecht, was dieser durch den Ungehorsam begangen hat — und eines Urtheils, wodurch in Folge dieser Klage, oder vielmehr Anklage, der Richter dem Ungehorsamen die verwirkte Strafe auflegt. Der Verlust des Rechts ist nun nicht Folge des Ablaufs der Zeit, sondern Folge des Ungehorsams; eine dem Ungehorsamen gedrohte und jetzt zuerkannte *poena privata*. Die Strafe trifft den Ungehorsamen nicht *ipso jure*, sondern der Richter muß sie ihm auflegen und da hier von einer *poena privata* die Rede ist, kann er sie ihm nur auf den Antrag des anderen Theils auflegen, dem sie zu Gute kommt. Bis die Klage darauf erhoben, oder noch weiter, bis ihm die Strafe vom Richter zuerkannt ist, kann der Ungehorsame, wie bei der mora, die ebenfalls als Strafe (der nicht beobachteten Zeitfrist) anzusehen ist, sein Vergehen dadurch gut machen, daß er später noch thut, was er schon früher zu thun schuldig war, und wird dann mit der Strafe übersehen.

Noch immer gilt der Satz: *contumacia non accu-*

sata non nocet — und ist, wie man zu sagen pflegt, in viridi observantia. Diese Nachsicht kommt wenigstens den Advocaten gut zu Statten; sie rechnen darauf und es wird wohl so leicht kein Proceß geführt, worin nicht die streitenden Theile, oder vielmehr ihre Advocaten auf ihre Rechnung, sich eines, auch wohl wiederholten, Ungehorsams schuldig machten, den ihnen der Richter vergibt, wenn nicht unter der Hand Einer dem Anderen — sub oblatione ad reciproca — diesen Liebesdienst schon erwiesen haben sollte.

Das Contumacialverfahren kann nach meinem Ermessen immerhin beibehalten werden; es ist wenigstens eine ziemlich natürliche Vorstellung, daß man bei Strafen bei der bloßen Drohung nicht stehen bleiben kann, daß der Richter die gedrohte für verwirkt erklären und der andere Theil dieß begehren muß; aber die purgatio contumaciae läßt sich nicht rechtfertigen. Es wird dadurch der einen Partei ein schon erworbenes Recht entzogen und gegen die andere eine unverdiente Schonung ausgeübt.

2) Ueber *restitutio in integrum* gegen begangene *contumacia*.

Eine sehr gewöhnliche Vorstellung ist es, als ob die Nichtbefolgung eines richterlichen Befehls und in Folge dessen vom Richter verhängte Strafe des Ungehorsams nur durch *restitutio in integrum* ungeschehen gemacht werden könne. Diese Vorstellung ist, wie ich glaube, falsch.

Wenn Jemand, vom Gericht geladen, nicht vor Gericht erschienen war, oder überhaupt einem Befehl des Richters nicht Folge geleistet hatte und deshalb ob contumaciam praesumtam vom Richter zur Strafe verurtheilt ward, so sind nicht weniger als fünf Fälle zu unterscheiden, und unter diesen findet *restitutio in integrum* in den ersten vier Fällen nicht Statt und nur der fünfte bleibt für sie übrig.

Die fünf Fälle sind folgende:

1) Jemand war nicht gehörig geladen, z. B. an einem Feiertage oder auf einen solchen, oder die Ladung war ihm im fremden Gerichtsbezirk unmittelbar zugestellt.

In Fällen dieser Art hatte er nicht nöthig, der Ladung

Folge zu leisten, und konnte sie ungestraft vernachlässigen [1]). Alles, was geschehen ist, ist ungültig [2]).

2) Eben dieß gilt, wenn die Ladung nicht zur Kenntniß des Geladenen gekommen ist. Es versteht sich ja, daß ein Befehl, der nicht zur Kenntniß des Befehligten gelangt ist, für ihn nicht verbindlich ist [3]).

Hingegen der bloße Umstand, daß der Richter, der die Ladung erlassen hat, nicht der zuständige war, ist kein Grund, um die Ladung gänzlich zu vernachlässigen. Man muß auch vor den unzuständigen Richter sich stellen, sey es auch nur, um ihm die Befugniß, über uns oder doch in dieser Sache Recht zu sprechen, streitig zu machen. Ihm selbst gebührt dann zunächst das Urtheil darüber, an sua sit jurisdictio [4]).

---

[1]) L. 20. D. de jurisdict.

[2]) Cap. 7. X. de app. *Mev.* P. 6. dec. 19. *G. L. Böhmer* princ. jur. can. §. 741.

[3]) *L.* 1. §. 3. *D. Quae sent. sine app. rescind.* Item cum ex edicto peremtorio, quod neque propositum est, neque in notitiam pervenit, absentis condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam constitutiones demonstrant.

[4]) L. 2. pr. D. Si quis in jus. voc. L. 5. D. de judiciis. Der an diesen beiden Stellen so entschieden ausgesprochene Grundsatz, daß man auch die Ladung eines unzuständigen Richters nicht vernachlässigen dürfe, wird wiederum wankend gemacht durch zwei andere Stellen, nämlich L. 53. §. 3. D. de re jud. und L. ult. D. de jurisdict. Die Ausleger suchen den Widerspruch dadurch aufzuheben, daß sie annehmen, man habe nicht nöthig, einem Richter zu gehorchen, von dem es ausgemacht ist, daß ihm keine Jurisdiction zustehe; wenn dieß aber zweifelhaft sey, müsse man sich einstellen und *exceptio fori* vorschützen. Bloß auf die Natur der Sache gesehen, würde man keinem anderen Richter gehorchen dürfen, als dem wirklich zuständigen. Wer nichts zu befehlen hat — und in diesem Fall befindet sich der unzuständige Richter — dem braucht man nicht zu gehorchen. Anton

Wenn nun aber an der Ladung kein Mangel, sie auch zur Kenntniß des Geladenen gekommen ist, so kann es doch seyn,

3) daß der Geladene u. s. w. an der begangenen Versäumniß unschuldig ist. Die nachtheiligen Folgen der contumacia können nur durch die Schuld desjenigen gerechtfertigt werden, welcher vor Gericht geladen war; ihm muß *dolus* oder *culpa* zur Last fallen; um nichts kann er nicht bestraft werden. Aus dem bloßen Umstande, daß er dem Befehl des Richters nicht Folge leistet, folgt nicht, daß er verschuldet sey. Wenn er nicht gehorcht, muß er doch, um strafbar zu seyn, vor allen Dingen erst haben gehorchen können. Alle Hindernisse, die es ihm unmöglich machten, dem Befehl des Richters zu gehorchen, alle Gründe, welche wenigstens nach den Gesetzen von der Art sind, daß sie ihm zur gänzlichen Entschuldigung gereichen, alle s. g. impedi-

---

Faber lehrt, die jurisdictio erfordere die duo extrema — ein *agens* und ein *patiens*, nämlich einen, der die Jurisdiction auszuüben habe, und einen, über den sie ausgeübt werde — und wenn es an einem von beiden fehle, sey die jurisdictio nulla; *A. Faber* Rat. ad L. 20. D. de jurisdict. Gleichwohl mißbilligt er den angeführten Unterschied zwischen dem Richter, dem offenbar keine Jurisdiction zusteht, und dem Richter, von dem dieß zweifelhaft ist, nicht, sagt auch, daß die Praxis ihn angenommen habe; *A. Faber* Rat. ad L. 2. pr. D. Si quis in jus vocatus etc. Mir scheint es ohne allen Unterschied wenigstens rathsam zu seyn, die Ladung auch des unzuständigen Richters nicht hintenanzusetzen. Wenn er gegen uns zu verfahren fortfährt, werden wir am Ende immer genöthigt seyn, uns bei ihm einzufinden und exceptio fori entgegenzusetzen. Wollten wir uns sogleich an den Oberrichter wenden, so würde uns dieser vor der Hand an den Unterrichter zurückweisen; *Mev.* P. I. dec. 131.

menta legitima befreien nicht bloß von allen nachtheiligen Folgen der contumacia, sondern von der *contumacia* selbst und es bedarf keines Gesuchs um restitutio in integrum. Mag immerhin der Richter ihn ob contumaciam praesumtam bereits zur Strafe verurtheilt haben, so war er doch nicht contumax; ihm fiel weder contumacia dolosa zur Last — die eigentlich nur contumacia genannt werden kann; denn zur contumacia im echten Sinn des Worts gehört Geringschätzung, Verachtung des Richters [5]), der Ungehorsame muß nicht haben gehorchen wollen, da er es hätte sollen [6]) —, noch contumacia culposa; mithin fehlt aller Grund zur Strafbarkeit, und wenn der, welcher als ein Ungehorsamer verurtheilt ist, dieß beweist, so muß die ihm zuerkannte Strafe von selbst wieder wegfallen. Zu welchem Ende bedürfte es hier wohl einer besonderen Nachsicht, einer Rechtswohlthat, der *restitutio in integrum?* Hier spricht nicht Billigkeit für den Unfolgsamen; sondern der nicht unfolgsam Gewesene kann nach der strengsten Gerechtigkeit begehren, er kann fordern, daß er mit aller Strafe verschont bleibe. Da keine Schuld an ihm haftet, hat er nicht nöthig, um Entschuldigung zu bitten. Das Urtheil, was der Richter gegen ihn, quasi contumacem, gesprochen hat, dieß Urtheil ist, weil es auf falscher Voraussetzung beruht, indem es ihn, der diese Strafe nicht verschuldet hat, zur Strafe ungehört verurtheilt, wie jedes andere contra *indefensum et inauditum* gesprochene Urtheil ipso jure ungültig. Daß ein in contumaciam gesprochenes Urtheil ungültig sey, wenn der quasi

---

[5]) L. 53. §. 1. D. de re jud. *Leyser* spec. 33. med. 1.

[6]) L. 53. §. 3. D. eod.

contumax Verurtheilte sich in der Folge vom Ungehorsam reinigen kann, hat auch die Stimme des römischen, wie des canonischen Rechts für sich. Denn Paulus lehrt, daß ein Urtheil, was gegen einen Beklagten gesprochen ist, der, durch Krankheit gehindert oder wegen öffentlicher Angelegenheiten abberufen — *morbo impeditus aut rei publicae causa avocatus* —, nicht zur Stelle seyn konnte, nicht vollzogen werden könne[7]). Von einer restitutio in integrum sagt Paulus nichts; man muß also annehmen, daß er selbige nicht für nöthig gehalten habe. Dieß wird auch dadurch bestätigt, daß derselbe Paulus die *absentia rei publicae causa* an einer anderen Stelle als Grund anführt, weshalb die erlassene peremtorische Ladung alle Kraft verliert — *nihil momenti habet* — [8]). Und nach einer Stelle des canonischen Rechts war Jemand vor Gericht geladen und, da er nicht erschienen war, um sich zu vertheidigen und seine Rechte wahrzunehmen, das Urtheil gegen ihn ausgefallen. Hierauf heißt es nun: *archiepiscopus abbatibus dedit in mandatis, ut, si justam absentiae causam ille ostenderet coram eis, praedictam sententiam decernerent nullius esse valoris* [9]).

Außer der Krankheit [10]), und zwar morbus sonticus, die schon nach den Gesetzen der zwölf Tafeln entschuldigt [11]), und der Abberufung in öffentlichen Angelegenheiten — worunter ohne Zweifel eine solche zu verstehen ist, die nach Erlassung der Ladung geschieht — sind im römischen Recht

---

[7]) L. 75. D. de jud.

[8]) L. 54. D. de re judicata.

[9]) Cap. 18. X. de sent. et re jud. S. auch cap. 10. eod.

[10]) L. 53. §. 2. D. de re judicata.

[11]) L. 2. §. 3. D. Si quis caut.

noch einige andere Ereignisse angeführt, die denjenigen, der dem Befehl des Richters nicht nachgekommen ist, von aller Schuld reinigen. Namentlich gehört dahin, wenn der Geladene — ohne Zweifel wiederum nach Erlassung der Ladung — in Wahnsinn verfällt, und bei Personen anderen Geschlechts, wenn sie schwanger sind [12]). Besonders gehören hierher alle Hindernisse, die durch Weg und Wetter und durch Naturbegebenheiten entstanden sind, welche die Antretung oder Fortsetzung der Reise verhindert oder verzögert haben, so daß Jemand entweder gar nicht oder doch nicht zur rechten Zeit an Ort und Stelle eintreffen konnte; z. B. ein mehrere Tage anhaltender Sturm erlaubte nicht, die Ueberfahrt über den Meeresarm zu machen, der von der Insel, wo der Geladene seinen Wohnort hatte, das feste Land trennt, wo das Gericht gehalten werden sollte — oder die Ströme, über die der Geladene setzen mußte, um an Ort und Stelle zu gelangen, waren ausgetreten, hatten wohl gar die Brücken weggerissen, es war da auch kein anderer Weg, auf dem der Geladene zur rechten Zeit eintreffen konnte [13]). Selbst die Beschäftigung mit anderen wichtigeren Dingen — *majoris causae occupatio* — rechnet Hermogenion zu den Gründen, die von der poena contumaciae befreien [14]).

In allen diesen und ähnlichen Fällen haftet keine Schuld an dem, welcher dem Befehl des Richters nicht Folge geleistet hat; wenigstens hat, wenn ja einige Schuld an ihm haftete, das Gesetz selbst sie schon verziehen.

Es könnte hiebei die Frage entstehen, wenn der Gela-

---

[12]) L. 2. §. 4. et 5. D. Si quis caut.

[13]) L. 2. §. 6. sq. D. eod.

[14]) L. 53. §. 2. D. de re jud.

dene auch unterlassen hat, die Tagefahrt abzusagen, wiewohl er dazu im Stande war, ob er nicht dann verschuldet und als contumax zu behandeln sey? Ich glaube nein. Diese Unterlassung ist auf die Sache selbst ohne Einfluß. Das Daseyn des Hindernisses, welches nichts desto weniger vorhanden war, wenn es auch nicht angezeigt ward, befreit den Geladenen u. s. w. vom Ungehorsam, nicht die Anzeige desselben; soll die Unterlassung der Anzeige strafbar seyn, so muß das Gesetz ihm erst eine solche Anzeige zur Pflicht machen, und wenn er dann unterläßt, das Hinderniß anzuzeigen und um Aufschub der Tagefahrt zu bitten, so kann dieß nur die Folge haben, daß er dem Gegner die unnützerweise ihm verursachten Kosten ersetzen muß. Der Kostenersatz ist eigentlich keine Strafe des Ungehorsams, obwohl er als poena contumaciae generalis dahin gerechnet zu werden pflegt, sondern gehört zum Schadenersatz, wozu die widerrechtliche Unterlassung verpflichtet.

Eigentlich müßte derjenige, welcher dem Befehl des Richters nicht Folge geleistet hat, vor der Verurtheilung mit seinen Entschuldigungsgründen gehört werden; es müßte ihm Gelegenheit gegeben werden, sich gegen die Strafe zu vertheidigen, ehe sie ihm zuerkannt wird; er müßte, wie in anderen Straffällen auch geschieht, nach dem Ausdruck, dessen die Gerichte sich hier zu bedienen pflegen, *ad audiendum, se declarari in poenam*, geladen werden. Dadurch würde nun aber ein Proceß im Proceß entstehen und der erste durch den zweiten, vielleicht auch dritten und vierten u. s. w. sehr aufgehalten werden. Denn, wie, wenn der Geladene immer auf's Neue dem Befehle des Richters nicht Folge leistete? Des Ladens und Streitens würde ja kein Ende seyn und man mit der Hauptsache nicht aus der Stelle kom-

men. Daher wird der Geladene, wenn er nicht erscheint, zur Abkürzung des Processes einstweilen für ungehorsam angenommen und *quasi contumax* auch ungehört verurtheilt, indem es ihm freigestellt bleibt, seine Entschuldigungsgründe nachträglich vorzutragen und sich dadurch von der ihm zuerkannten Strafe wieder frei zu machen. Diese Verschiedenheit in der Verfahrungsart kann in der Sache selbst keinen Unterschied begründen.

Es kann nun seyn:

4) daß der Geladene u. s. w. dem Richter nicht gehorchen wollte. Dieß ist *contumacia dolosa* und im echten Sinne des Worts die einzige wahre *contumacia.* Diese findet überall keine Entschuldigung, selbst bei Minderjährigen nicht, nach dem Grundsatz: *ubi non est delictum*, non laeduntur [15]).

Es kann endlich seyn:

5) daß derjenige, welcher quasi contumax verurtheilt ist, den Befehl des Richters zwar nicht vorsätzlich übertreten hat, aber doch bei der Nichtbefolgung desselben verschuldet ist. Hier ist das vorhanden, was die Rechtsgelehrten contumacia culposa nennen, und hier kann nun von *restitutio in integrum* die Rede seyn und ist es wirklich, wenn der Richter triftige Gründe findet, dem Ungehorsamen die Schuld zu erlassen. Dieser muß zwar gefehlt haben, aber auf eine verzeihliche Art. Dann kann er zu dem Richter sagen: ich bitte dich, entschuldige mich. Und dieser erhört ihn und nimmt die Schuld von ihm, wenn er Gründe findet, derentwegen man ihn wohl mit

---

[15]) L. 9. pr. D. de juris et facti ignor.

der Strafe übersehen könne. Der Grund zur Erlassung der Schuld kann aus persönlichen Verhältnissen des Ungehorsamen entlehnt seyn, namentlich aus seinem Alter. So ist bei'm Minderjährigen schon sein bloßes Alter ein hinlänglicher, ausreichender Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [16]). Bei Volljährigen kann das Alter, namentlich das hohe Alter, nur allenfalls bei anderen Gründen zu Hülfe genommen werden.

Sonstige Gründe zur Erlassung der Schuld gibt es in großer Menge. Das römische Recht rechnet außer dem minderjährigen Alter namentlich den Umstand hieher, daß derjenige, welcher vor Gericht erscheinen sollte, sich bloß um etwas verspätet hat [17]). Es ließe sich auch wohl denken, daß Gründe, die zur Befreiung von der contumacia nicht hinlänglich erfunden sind, doch bei der restitutio in Betrachtung kommen könnten. Die Rechtsgelehrten, die in Ansehung der Gründe zur Restitution sehr genügsam sind, und noch wohl etwas darüber, pflegen jede causa, *modo non sit fatua*, für hinlänglich zu erklären. Ja es fehlt nicht an solchen, die sich auch mit einer causa, *quamvis sit fatua*, begnügen lassen, und nach Mevius und Leyser soll dieß sogar die gewöhnliche Lehre seyn, die der Letztere jedoch nur gelten läßt, wenn von Nachtheilen in Ansehung der Sache selbst die Rede ist, die durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufgehoben werden sollen [18]).

Ein sehr erheblicher Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist das Vergessen der angesetzten Ta-

---

16) L. 8. D. de minor.
17) L. 7. D. de rest. in integr.
18) *Leyser* spec. 33. med. 1. *Mev.* P. 3. dec. 160. nota 1.

gefahrt [19]). Wie leicht geschieht es nicht, daß der Geladene, besonders wenn er schon bei Jahren oder das Gedächtniß schwach ist und er noch dazu um diese Zeit durch andere Geschäfte oder Sorgen lebhaft in Ansprache genommen war, den Tag vergißt, da er vor Gericht erscheinen sollte. Es gibt freilich Vorsichtsmaßregeln, wodurch man der Erinnerung zu Hülfe zu kommen sucht, z. B. wir merken den Tag im Kalender an oder bitten Andere, uns daran zu erinnern, uns, wie man wohl im gemeinen Leben sagt, denken zu helfen, allein auch diese Maßregeln bewirken lange nicht immer, was sie sollen. Wie wir den Tag vergessen, vergessen wir auch, im Kalender nachzusehen, die Freunde erinnern uns nicht, weil sie es, gleich uns, vergessen haben u. s. w. Auf allen Fall ist das Vergessen etwas sehr Verzeihliches. Jeder muß zu sich selbst sagen: das hätte mir auch begegnen können. Nicht das strenge Recht, aber die Billigkeit, die auf Schwäche des Menschen und dieses Menschen insonderheit sieht, Nachsicht gegen sie übt und die Umstände in Betrachtung zieht, unter denen sich Jemand befand, spricht für den, der sich durch Schuld des Gedächtnisses versäumt hat; und auf Billigkeit beruht — alle Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. In Fällen dieser Art soll der Richter kein strenger Richter, sondern ein nachsichtiger, gütiger seyn. Doch so weit darf es sich damit nicht erstrecken, daß auch eine causa fatua Grund genug zur Restitution seyn könnte. Ueberhaupt scheint es mir das Beste zu seyn, wenn man sowohl die causa fatua, als auch non fa-

---

19) L. 25. D. Ex quibus causis majores. *Leyser* spec. 33. med. 1.

tua bei Seite liegen läßt und dem Richter, der um restitutio angegangen wird, bloß die Regel gibt, er solle sich die Frage vorlegen, ob das Begehren auf Billigkeit gegründet sey, dann müsse er es erhören, sonst aber verwerfen.

IV.

Rechtsverhältnisse in Beziehung auf fremde Thiere.

(Im August 1830.)

1) Ueber den Ersatz des Schadens, welchen fremde Thiere stiften.

§. 1.

Allgemeine Betrachtungen.

Vor allen Dingen, ehe wir erforschen, was in gewissen Fällen den gegebenen Gesetzen gemäß sey, ist es der natürlichen Ordnung angemessen, wenn es irgend zweifelhaft seyn kann, zu untersuchen, was ohne sie Rechtens seyn würde. Mehr, als alles Andere, hilft dieses uns oftmals, den wahren Sinn der gegebenen Gesetze kennen zu lernen, indem es uns auf dieselben Ideen führt, von welchen diejenigen, welche diese Gesetze gaben, ausgingen, denn, wer weiß es nicht, wie das positive Recht sich meistens begnügt, die Vorschriften des natürlichen zu wiederholen; und wo dieses auch nicht ist, da stellt es uns wenigstens gleich anfangs auf den höchsten Standpunkt, von welchem wir einen Blick auf die Gegend umher werfen und erkennen können, ob die gegebenen Gesetze mit den Gesetzen der Natur übereinstimmen oder davon abweichen, ob sie Lücken übrig gelassen haben, ob und was an ihnen auszusetzen sey; während wir bei einem ent-

gegengesetzten Verfahren die Wahrheit leicht verkennen; denn wenn wir einmal wissen, was die Gesetze, zumal diejenigen eines so angesehenen, und besonders auch im Fache der Gesetzgebung so ausgezeichneten Volkes, wie die Römer, verordnen, so mißtrauen wir leicht unserer eigenen Einsicht, und überreden uns, das sey Naturgesetz, was bloß Satzungsrecht ist; ja wir bewundern wohl gar als weise und vollkommen, was wir, vom Schimmer des Ansehens seiner Urheber nicht geblendet, als thöricht verspotten würden.

Aber die Fragen aus dem Naturrecht sind nicht minder, wie diejenigen aus dem positiven, bestritten, und die Entscheidung jener ist oftmals noch mehr, wie dieser, zweifelhaft.

Zu solchen zweifelhaften Fragen gehört unter andern, ob der Eigenthümer verbunden sey, den Schaden zu ersetzen, den sein Thier gestiftet hat. Grotius verneint diese Frage, die Pufendorf bejaht. Illud quoque notandum, bemerkt Grotius, mancipium aut animal, quod damnum aut pauperiem fecit, noxae dedatur, itidem ex jure civili esse. *Nam dominus, qui in culpa non est, natura ad nihil tenetur* [1]). Hingegen kann es nach Pufendorf keinen Zweifel leiden, daß der Eigenthümer den Schaden ersetzen müsse, den das Thier gestiftet hat. Id porro dubium non habet, quin dominus reparare debeat damna, quae a suis animalibus per suam culpam aut se instigante data sunt; aut si ex naturali et usitata ferocia animal ipsius alterum laeserit, aut per ordinarium instinctum alteri damnum dederit. Debebat enim dominus vel talia animalia non alere, vel ita ea-

---

[1]) *Grotius* de jure belli et pacis lib. 2. cap. 17. §. 21.

dem custodire, ne alteri damnum dare possent [2]). Die späteren Rechtsgelehrten denken fast alle wie Pufendorf; doch fehlt es nicht gänzlich an solchen, die wie Grotius denken, wohin namentlich Barbeyrac gehört.

Es scheint aber allerdings die Meinung, die Pufendorf hegt, den Vorzug zu verdienen, welche die Mehrzahl der Rechtsgelehrten ihr vor derjenigen des Grotius gibt. Wer Thiere hält, ist nach natürlichem Recht allerdings verbunden, den Schaden zu ersetzen, den sie stiften. Er handelt schon dadurch unerlaubt, daß er Thiere, also Geschöpfe, die sich nach Willkühr bewegen, während sie des Gebrauches der Vernunft ermangeln, sich selbst überlassen, in die Nähe Anderer oder ihrer Sachen bringt; denn eben dadurch hat er den Schaden verursacht. Wir erkennen dieß am Besten bei wilden Thieren. An sich ist Niemanden verwehrt, wilde Thiere zu haben. Aber würde es wohl Jemanden gut geheißen werden, wenn er sie, ungehütet und nicht außer Stand gesetzt zu schaden, durch Städte und Länder führte? Würde nicht Jeder sagen, er sey verbunden, den Schaden zu ersetzen, den sie gestiftet hätten? Nicht anders ist es bei zahmen Thieren. Bei diesen ist zuvörderst eine Art von Schadensstiftung eben so gewiß, wie bei wilden, nämlich, daß sie überall, wo Gelegenheit dazu ist, sich ernähren, ohne zwischen dem eigenen Futter ihres Herrn und fremdem zu unterscheiden. Andere Arten von Schadenstiftungen sind zwar bei ihnen nicht so leicht zu besorgen, aber doch, nach den Umständen, mehr oder weniger leicht möglich, und wenn man sie ungefesselt und ohne Aufsicht gehen läßt, rührt es daher, weil man ihnen wegen ihrer Schwäche oder sanftmü-

---

[2]) *Pufendorf* de jure naturae et gentium lib. 3. cap. 1. §. 6.

thigen Art nicht zutraut, daß sie Schaden stiften werden, und der Eigenthümer unterläßt jenes auf seine Gefahr. Er ist verbunden, den Schaden zu ersetzen, den sie, sich selbst überlassen, stiften. Er hat die Verbindlichkeit dazu übernommen, indem er die Thiere in unsere oder die Nähe unseres Grundstücks führte, ohne zugleich Anstalten zu treffen, uns gegen Schaden von ihrer Seite sicher zu stellen. Selbst wenn er dergleichen Anstalten getroffen hat, wenn er z. B. seine Thiere hüten läßt, wird er verantwortlich seyn, wenn sie Schaden stiften; man wird ihm dann immer den Vorwurf machen können, er habe sie noch nicht sorgfältig genug gehütet. Gesetzt Jemand hätte in der Nähe unseres Gebäudes ein Feuer erregt, und die Flamme, sich selbst überlassen, hätte sich nach unserem Gebäude hin verbreitet, und es ganz oder zum Theil zerstört, wer würde wohl den Anstifter des Feuers von Schuld und von der Verbindlichkeit freisprechen, den Schaden zu ersetzen? Dieselben Gründe, welche ihn verbindlich machen, treten auch hier ein. Auch hier hat der Eigenthümer Gefahr und Schaden herbeigeführt, und muß für die Folgen seiner Handlung aufkommen.

§. 2.

Die Gesetze der Alten, namentlich der Römer, über Ersatz des durch Thiere gestifteten Schadens.

Die aus dem Alterthum übrig gebliebenen Gesetze über den Ersatz des Schadens, den fremde Thiere gestiftet haben, sind, wie gewöhnlich, nichts, als die ersten unvollkommenen Versuche, über diesen Punkt zu einem rechtlichen Zustande zu gelangen, von denen der älteste sich den Grundsätzen der Gerechtigkeit am meisten genähert hat. So sieht man, daß

nach mosaischem Recht der Eigenthümer des Thieres nur dann als schuldig zur Strafe oder Schadenersatz angesehen wird, wenn der Ochse — von diesem ist überhaupt nur die Rede, nicht von anderen Thierarten — stößig gewesen, er dieß gewußt und ihn, nach Luther's Uebersetzung, nicht verwahrt hat [1]). Dagegen steht Solon mit seiner Weisheit sehr im Schatten. Von Solon erzählt in dessen Leben Plutarch: Er habe ein Gesetz gegeben, wonach ein Hund, der einen Menschen gebissen, demselben an einer vier Ellen langen Kette übergeben werden mußte [2]). Die Gesetze der XII Tafeln enthielten zweierlei; einmal, daß, wenn ein vernunftloses Thier aus Wildheit, Muthwillen oder Scheuheit geschadet habe, der Eigenthümer eben so auf Schadenersatz belangt werden könne, als der Herr aus dem Verbrechen des Sclaven — noxalis actio lege XII. Tabularum prodita est — daß also der Schade zu ersetzen, oder das Thier dem Beschädigten zum Schadenersatz hinzugeben sey; zweitens, daß der Eigenthümer den Schaden ersetzen müsse, den das Thier durch Abweiden gestiftet hat [3]). Das Edict des Prätors gab den römischen Rechtsgelehrten Gelegenheit, die Sache etwas weiter auseinanderzusetzen, aus den Worten des Gesetzes Schlüsse abzuleiten, die Fälle anzugeben, die unter dem Gesetz begriffen sind, und diejenigen, die davon auszunehmen sind; doch hat die Gesetzgebung nichts Neues

---

[1]) Exodus 21. v. 28. et seq.

[2]) Die eigenen Worte des Gesetzes finden sich bei *Plato lib.* 11. *de legibus* und lauten folgendermaßen: *καὶ ἐὰν ὑποζύγιον, ἢ ἵππος, ἢ κύων, ἤ τι τῶν ἄλλων θρεμμάτων σίνηταί τι τῶν πέλας, κατὰ ταῦτα ἐκτίνειν τὴν βλάβην.*

[3]) L. 1. pr. D. Si quadrupes pauper. fecisse dicetur. — pr. J. eod. — L. 14. §. 3. D. de praescript. verb.

hinzugefügt, überhaupt nichts verändert, sondern im Grunde ist alles geblieben, wie es ursprünglich war. Man begnügte sich mit dem, was die XII Tafeln angeordnet und die römischen Rechtsgelehrten entwickelt hatten. Nur einer Polizeiverordnung der Aedilen ist noch zu erwähnen, wonach Niemand an öffentlichen Plätzen oder Straßen (qua vulgo iter fit) wilde Thiere und andere Thiere, welche Schaden stiften können, dergestalt haben solle, daß sie einen Menschen beschädigen oder sonstigen Schaden stiften können. Ueberhaupt ist die Gesetzgebung über diese Materie nur dürftig. Ein kurzer Titel der Pandecten, groß genug, wenn er, statt einzelne Fälle berührender Bruchstücke, allgemeine Grundsätze enthielte, und ein noch kürzerer in den Institutionen ist nebst einigen wenigen zerstreuten Stellen in den Pandecten und im Codex alles, was das römische Recht uns darbietet.

§. 3.
Nähere Entwickelung der Grundsätze des römischen Rechts über Ersatz des durch fremde Thiere gestifteten Schadens.

Das Halten von Thieren ist im Allgemeinen nicht verboten. Selbst wilde Thiere darf man halten, und sogar an öffentlichen Plätzen und Straßen; nur das ist, wie wir eben gehört haben, nicht erlaubt, sie daselbst in der Art zu haben, daß sie Schaden stiften können. Besonders hat es die römische Gesetzgebung mit Hausthieren zu thun, diesen nützlichen Geschöpfen, die dem Menschen so wichtig, ja unentbehrlich sind, die ihn mit ihrem Leibe, ihrer Milch, ernähren, ihn bekleiden, für ihn arbeiten, seine Lasten tragen u. s. w. Von diesen Thieren redeten die Gesetze der XII Tafeln, und zwar nur von vierfüßigen; denn die zweifüßigen sind minder

wichtig und pflegen wenigstens nicht leicht zu schaden [1]). Selbst in den Ueberschriften der hierher gehörigen Titel der Pandecten und Institutionen ist nur von vierfüßigen Thieren die Rede. Indessen ist gegenwärtig zwischen beiden kein Unterschied. Es findet nämlich, wenn zahme Thiere anderer Art geschadet haben, eine actio de pauperie utilis Statt [2]).

Aber nirgends haben die römischen Gesetze den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß, wenn Thiere Schaden stiften, die Handlung des Thieres [3]) dem Herrn zur Schuld anzurechnen und er verbunden sey, den Schaden zu ersetzen, weil er ihn hätte verhüten können. Vielmehr sind die Grundsätze des römischen Rechts dieser Ansicht gerade entgegen. Nachdem ich, nach meiner Gewohnheit, die römischen Gesetze mehr, als die Schriften ihrer Ausleger, gelesen und wieder gelesen, scheint es mir, es komme, nach der Ansicht des römischen Rechts, bei Thieren auf ähnliche Art, wie bei Menschen, darauf an, ob dem Thiere Schuld beigemessen werden könne, und unter dieser Voraussetzung sey zunächst dem Thiere selbst die Handlung auf die Rechnung zu setzen; der Eigenthümer des verschuldeten oder als verschuldet anzusehenden Thieres hafte nur, weil er der Eigenthümer ist.

Zuvörderst ist zu bemerken, die actio de pauperie findet Statt nach römischem Recht, wenn ein bösartiges Thier geschadet hat, z. B. ein Pferd, was hinten auszuschlagen pflegt (equus calcitrosus), hat hinten ausgeschlagen,

---

[1]) *Vinnius* ad princ. J. h. t.

[2]) L. 4. D. h. t.

[3]) Der Ausdruck Handlung paßt zwar nicht auf die Thätigkeit des Thieres, man muß ihn aber schon aus Noth gebrauchen, weil kein anderer mit gleicher Kraft zu haben ist.

ein stößiger Ochse (bos cornu petere solitus) hat Jemanden gestoßen, oder ein unbändiges Maulthier (propter nimiam ferociam) Jemanden beschädigt [4]). Es scheint hiernach, daß eine Fehlerhaftigkeit des Thieres vorausgesetzt wird [5]). Zugleich scheint sich der Grund zu enthüllen, weshalb der Herr des Thieres zum Schadenersatz verbunden ist. Man möchte nämlich glauben, es werde ihm zur Schuld angerechnet, wenn er bösartige Thiere hält, und sie nicht hindert, Anderen zu schaden. Allein, die Sache verhält sich anders. Nicht bloß, wenn ein bösartiges Thier geschadet hat, sondern überhaupt, wenn ein Thier einen Fehler beging, findet die actio de pauperie Statt. So lehrt Justinian in den Institutionen: Animalium nomine, quae ratione carent, si qua *lascivia* aut *pavore* aut *feritate* pauperiem fecerint, noxalis actio lege XII Tab. prodita est. Hier ist also nicht gerade die Rede von der fehlerhaften Beschaffenheit des Thieres, sondern es werden bloß die nächsten

---

[4]) L. 1. §. 4. D. h. t.

[5]) *L. 43. pr. D. de aedil. Edicto.* Bovem, qui cornu petit, vitiosum esse plerique dicunt: item mulas, quae cessum dant: ea quoque jumenta, quae sine causa turbantur, et semet ipsa eripiunt, vitiosa esse dicuntur. Das cessum dant ist die Lesart der Florentina. Haloander liest cessim oder cessum eunt, welches rückwärts gehen bedeutet. Westphal vom Kauf §.377. billigt diese Lesart. Die Vulgata quae *pessum dant.* Ohne Zweifel ist die Lesart der Florentina jenen anderen vorzuziehen. Maulthiere mit dem Fehler, nach Art der Krebse rückwärts zu gehen, kommen in der Natur nicht vor, und eben so wenig solche, welche zu Grunde gehen. Wohl aber wird es Maulthiere geben, die, gleich stetischen Pferden, nicht vorwärts gehen wollen, sondern aus hohem Grad von Scheuheit zurückweichen, wenn sie angetrieben werden, und solche werden hier gemeint seyn.

Ursachen der Schadenstiftung angegeben, nämlich *lascivia*, *pavor*, *feritas*. Man könnte zwar sagen, es lasse alles dieses auf fehlerhafte Beschaffenheit des Thieres zurückschließen; indessen kann auch ein Thier, was sonst einen gewissen Fehler nicht an sich hat, wohl einmal einen Fehler dieser Art begehen; namentlich kann ein sonst nicht scheues Thier wohl einmal in Schrecken gesetzt werden; nur das *sine causa turbari* wird zu den Fehlern und zwar nur bei Lastthieren gerechnet [6]. Auf allen Fall wird hier darauf keine Rücksicht genommen, ob das Thier, welches den Fehler beging, diesen Fehler an sich hatte oder nicht. Nicht die fehlerhafte Gewohnheit des Thieres kömmt in Betrachtung, sondern der im einzelnen Fall begangene Fehltritt, und, wenn bösartiger Thiere erwähnt wird, geschieht es nur, weil dergleichen Thiere es gewöhnlich sind, welche durch ihre Unarten Schaden anrichten. Der Grund der Verbindlichkeit ist doch immer die einzelne Handlung des Thieres, oder, wie es von den Beispielen von bösartigen Thieren gestifteten Schadens im Allgemeinen heißt: *cum commota feritate nocuit quadrupes* [7].

Ueberhaupt walten in dieser Materie, wenn ich so sagen darf, die Anthropomorphismen, die man gewöhnlich auf die Gottheit anwendet, dießmal aber in einer entgegengesetzten Richtung angewendet findet; es ist hier von Thieren, wie von Menschen, die Rede; man hat den Begriff einer unerlaubten Handlung, der nur unter vernünftigen Wesen Gültigkeit hat, welche Recht von Unrecht unterscheiden können, auf die Thierwelt übertragen. Man wird die wahre Meinung des römischen Rechts nicht verfehlen, wenn man an-

---

[6]) L. 43. pr. D. de aed. Edicto. | [7]) L. 1. §. 4. D. h. t.

nimmt, der Herr des Thieres sey für den Schaden verantwortlich, den das Thier gestiftet hat, wenn dieser Schade dadurch entstanden ist, daß jenes Thier gefehlt hat, wenn man sich die Sache so vorstellen kann — etwa, indem man dem Thiere beilegt, was es nicht hat, nämlich Verstand — daß man sagt, es hafte Schuld an dem Thiere. Da das Thier selbst den Schaden nicht ersetzen kann, so ist der Herr dafür auf ähnliche Art, wie für die Vergehungen des Sclaven, verantwortlich.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, bemerkt Ulpian [8]), actio ex lege XII Tabularum descendit: quae lex voluit, *aut dari id, quod nocuit, id est, id animal, quod noxiam commisit; aut aestimationem noxiae* offerre. Hier sind, wie es scheint, die eigenen Worte des Gesetzes beibehalten; das *nocere* wird durch *noxiam committere* erklärt und auf diesen Ausdruck hernach weiter fort gebaut. *Noxia autem*, bemerkt Ulpian weiter, *est ipsum delictum.* Eben so bemerkt Gajus [9]): *Noxiae appellatione omne delictum continetur.* Und Justinian in den Institutionen [10]): Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est servus; *noxia ipsum maleficium*, veluti furtum, rapina, damnum, injuria. Man könnte zwar sagen, der nach den Worten des Gesetzes, *dari id, quod nocuit*, folgende erklärende Zusatz: *id est, id animal, quod noxiam commisit*, sey ursprünglich nicht vorhanden gewesen, sondern erst später eingeschoben; dieses ist um so mehr wahrscheinlich, weil es zu der Würde eines Gesetzgebers und besonders zu der Einfachheit jener alten

---

[8]) L. 1. pr. D. h. t.

[9]) L. 238. §. 3. D. de verb. sign.

[10]) §. 1. J. de nox. act.

Zeit nicht sonderlich zu passen scheint, wenn demjenigen, was das Gesetz verordnet, erklärende Sprachbemerkungen hinzugefügt werden, auch das Wort *noxia* gleich hinterher in einem anderen Sinne gebraucht wird, nämlich für den gestifteten Schaden, so daß man also annehmen müßte, wenn jener Zwischensatz die eigenen Worte des Gesetzes enthielte, in demselben Gesetze, ja in derselben Zeile, sey dasselbe Wort bald in dem einen, bald in dem anderen Sinne gebraucht: nämlich zuerst für die bewirkende Ursache und gleich hinterher für die Wirkung; wozu noch kömmt, daß, nach einer Bemerkung des Festus, die alte Zeit den Ausdruck *noxia* nur für Schaden, also nur in der letzteren Bedeutung gebrauchte [11]). Allein, es konnte auch schon an dem Worte *nocere* genug seyn, welches, wenn auch nur von Ulpian, durch *noxiam committere* erklärt wird. Wir sehen wenigstens so viel, daß die römischen Rechtsgelehrten nach den Ausdrücken des Gesetzes sich für berechtigt hielten, die Sache von dieser Seite aufzufassen und der alten Zeit eine Vorstellung beizulegen, die dieser alten Zeit angemessen war. Es darf uns auch nicht irre machen, daß gleich hinterher gesagt wird, ein unvernünftiges Thier könne kein Unrecht begehen [12]); denn diese Betrachtung gehört einer späteren Zeit an, und wird hier bloß gemacht, um den Gebrauch des Wortes: *pauperies* zu rechtfertigen; auch davon abgesehen, läßt sich dieß so erklären, als wollte Ulpian sagen, ein wirkliches Unrecht könne übrigens dem Thier nicht zur Last fallen. Schon

---

[11]) Noxa ponitur pro peccato aut pro peccati poena, quum lex jubet, *noxae* dedere pro peccato. *Noxia apud antiquos* damnum significat, sed a poetis ponitur pro culpa.

[12]) L. 1. §. 3. D. h. t.

der bloße Umstand hätte hier auf die wahre Meinung des römischen Rechts führen können, daß man, wenn Thiere Schaden gestiftet haben, dieselben Rechtsgrundsätze angewandt hat, wie wenn ein Sclave ein delictum begeht; indem nämlich in jenem Fall, wie in diesem, gegen den Herrn eine actio noxalis Statt findet, damit er das, was geschadet hat, hingebe, wenn er den Schaden nicht lieber ersetzen will; woraus dann auf Gleichheit der Ursache zurückgeschlossen werden kann, nämlich, daß man die Handlung des Thieres gleichsam als ein delictum oder als eine diesem ähnliche angesehen und auf diese Vorstellung die ganze Theorie vom Ersatz des durch Thiere gestifteten Schadens gebaut habe. Und dieß wird man auch überall bestätigt finden; man wird sehen, daß auf ähnliche Art, wie bei Menschen, untersucht wird, ob dem Thier dabei etwas zur Last gelegt werden kann, daß der Schade geschehen ist. Namentlich geschieht dieß in dem Fall, den Alfenus entscheidet (L. 52. D. Ad legem Aquil.), da zwei von Maulthieren gezogene Wagen den Capitolinischen Hügel hinanfuhren, wovon den voranfahrenden die Treiber, um den Thieren die Last zu erleichtern, unterstützten. Er wich aber zurück, stürzte sich auf den folgenden Wagen, und so geschah es, daß ein junger Sclave von diesem übergefahren ward. Der Herr des Sclaven fragte an, gegen wen er klagen könne. Es komme auf die Umstände an, antwortete der Rechtsgelehrt: nam, si muliones, qui superius plostrum sustinuissent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mulae plostrum retinere non possint, atque onere ipso retraherentur: cum domino mularum nullam esse actionem; cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuissent, lege Aquilia agi posse: nam nihilominus eum damnum dare, qui, quod

sustineret, mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis asellum, cum agitasset, non retinuisset: aeque si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, damnum injuria daret. *Sed si mulae, quia aliquid reformidassent*, et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, *cum domino mularum esse. Quod, si neque mulae neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent, aut, cum conniterentur, lapsae concidissent*, et ideo plostrum cessim redisset, atque hi, quo conversum fuisset, onus sustinere nequissent: neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem. Illud quidem certe, quoquomodo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, *quoniam non sua sponte*, sed percussae retro redissent. Sogar die Grundsätze von der Vertheidigung und Nothwehr gelten unter Thieren, und, wenn das eine Thier das andere getödtet und auf solche Art geschadet hat, so muß man sehen — so seltsam es auch klingen mag — wer zuerst angefangen hat. Ist das angreifende Thier getödtet, so findet keine Klage gegen den Herrn des angegriffenen, welches sich nur vertheidigt hat, Statt; ist aber das angegriffene im Kampf gefallen, so kann gegen den Herrn des angreifenden, welches Schuld am Tode des anderen ist, mit der actio de pauperie allerdings geklagt werden. Also lehrt Ulpian *L.* 1. §. 11. *D. si quadrupes pauper. fecisse dicitur:* Cum arietes aut boves commisissent et alter alterum occidit, Quint. Mucius distinxit, ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio; si is, qui non provocaverat, competeret actio. Quam ob rem eum aut sibi no-

xam sarcire, aut in noxam dedere oportere. Hat ein Thier das andere gereizt und das gereizte hat geschadet, so fällt die Schuld auf dasjenige, welches das andere gereizt hat, und dessen Eigenthümer kann auf Schadenersatz belangt werden [13]). Wenn ein beladenes Maulthier seine Last auf Jemanden abgeworfen hat, so findet die actio de pauperie nicht Statt, wenn dieß wegen Ungleichheit des Bodens, oder wegen Verschuldung des Maulthiertreibers, oder weil es zu schwer beladen war, geschehen ist [14]). Sehen wir nicht, daß in allen diesen Fällen die Klage nicht Statt findet, weil das Thier nicht verschuldet oder zu entschuldigen ist! Man muß sich vielmehr wegen der Entschädigung an denjenigen wenden, welcher Schuld daran ist, daß jenes Thier geschadet hat.

Hat ein Mensch das Thier in Thätigkeit gesetzt, z. B. Jemand hat den Hund auf den anderen gehetzt, so findet abermals die actio de pauperie nicht Statt [15]), sondern der Mensch muß den Schaden ersetzen. Man könnte dieß so erklären, daß jenes Thier in einem solchen Fall zwar auch verschuldet sey, dem Menschen aber, als einem vernünftigen Geschöpfe, eine größere Schuld zur Last falle. Indessen haftet der Mensch auch, wenn ihm eine ganz andere Art von Verschuldung, nämlich bloß eine Unvorsichtigkeit, oder ein sonstiges Unrecht, zur Last fällt, z. B. Jemand hat einen bösen Hund am Strick geführt und dieser sich losgerissen, dann hält der Beschädigte sich an den Führer, wenn ein Anderer ihn hätte fester halten können, oder er ihn über Oerter führte, worüber ihn zu führen er kein Recht hatte.

---

[13]) L. 1. §. 8. D. h. t.
[14]) L. 1. §. 4. D. h. t.
[15]) L. 1. §. 6. D. h. t.

Ueberhaupt ist anzunehmen, daß in allen Fällen, wenn ein Thier geschadet hat, und man dabei an einen Menschen kommen, einem Menschen den gestifteten Schaden zur Last legen kann, daß man dann von der Verschuldung des Thieres hinwegsieht, und bloß die Schuld des Menschen in Betrachtung zieht, und sich an ihn hält.

§. 4.

Fortsetzung.

Von dem Unterschiede zwischen Schaden *contra* und *secundum naturam.*

Ulpian gibt eine allgemeine Regel oder ein Merkmal, woran wir erkennen sollen, ob für Schaden, den ein Thier gestiftet hat, Ersatz zu leisten sey. Et generaliter, schreibt Ulpian, haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit [1]). Unsere Rechtsgelehrten beziehen diese Regel auf zahme Thiere, fügen den Worten *contra naturam* hinzu: *sui generis* — ein Zusatz und eine Erklärung, welche die Rechtswissenschaft den Glossographen verdankt — und sagen zum Theil auch wohl, es sey eine Subtilität des römischen Rechts, daß nur dann eine Klage Statt finde, wenn ein dergleichen Thier mit vier Füßen, und zwar contra naturam sui generis, geschadet habe. Sie kehren zugleich die Regel um und lehren, wenn das Thier *secundam naturam sui generis* geschadet habe, so habe die actio de pauperie nicht Statt gefunden. Jedoch finde, lehrt Hellfeld [2]), gegenwärtig wegen eines Schadens, den ein zweifüßiges Thier gestiftet, eine actio utilis Statt, und, wenn ein Thier secundum naturam sui

---

[1]) L. 1. §. 7. D. h. t.

[2]) jurisprud. forens. §. 695.

generis geschadet habe, so könne mit der actio de pastu oder in factum geklagt werden. Diese Klagen seyen jedoch von der actio de pauperie in der Wirkung nicht verschieden. Höpfner [3]) stellt die Sache etwas anders dar. Er lehrt nämlich mit seinen eigenen Worten: „die actio de pauperie directa setzt ferner voraus, daß das Thier auf eine bei dieser Thierart nicht gewöhnliche Art Schaden gestiftet habe, z. B. das Pferd hat geschlagen, der Hund hat gebissen, der Ochs gestoßen. Thut ein Thier auf eine solche Art Schaden, die bei dergleichen Thieren gewöhnlich ist, und zwar a) durch Abweiden, Wegfressen, so hat actio de pastu oder actio in factum Statt; actio de pastu, wenn mein Thier auf ein fremdes Grundstück geht und dort weidet; actio in factum, wenn das Thier auf seines Herrn Grund, z. B. in seiner Scheune, seinem Hofe, Sachen frißt, die mir gehören. Ist b) der Schaden nicht durch Abweiden, Wegfressen geschehen, z. B. eines anderen Hund beißt mir mein Kaninchen todt, so mag wohl actio de pauperie utilis Statt gefunden haben, daß mir heutiges Tags eine Klage zustehe, leidet keinen Zweifel." So weit Höpfner. Thibaut [4]) lehrt, daß, wenn ein Thier secundum naturam sui generis geschadet habe, nur dann eine Klage Statt finde, wenn es in *fundo alieno* durch Abweiden geschadet habe; in anderen Fällen finde keine Klage gegen den Eigenthümer, und namentlich keine actio in factum Statt. Ihm stimmt Weber [5]) bei.

---

[3]) Comment. über die Institut. 8te Auflage, herausgegeben von Weber, §. 1170.

[4]) Versuche, zweite Aufl. Theil 2, S. 185, folgd.

[5]) Zu Höpfner's Comment. über die Instit. §. 1170. in der Note.

Nach meinem Ermessen verhält sich die Sache überhaupt anders, als sie von den Rechtsgelehrten dargestellt wird, und wenn gleich in dem angeführten Fall keine actio in factum gegen den Eigenthümer als solchen Statt findet, ist hier doch in der Gesetzgebung keine Lücke. Wäre hier seit den XII Tafeln jemals eine solche vorhanden gewesen, wie könnte es seyn, daß sie im Verlauf der Zeit unausgefüllt geblieben wäre? Prätoren, römische Rechtsgelehrte, Imperatoren, Kaiser Justinian endlich, alle, die sich angelegen seyn ließen, die Mängel der Gesetze zu verbessern, wie hätten sie die Gelegenheit dazu nur hier vorbeigelassen?

§. 5.
Fortsetzung.
Verwerflichkeit dieses Unterschiedes bei zahmen Thieren.

Mit dem Unterschiede zwischen Schaden *contra* und *secundum naturam* bezieht es sich auf Thiere überhaupt, nicht auf zahme Thiere; wenn aber dieser Unterschied auf die letzteren besonders anzuwenden wäre, so geben die Rechtsgelehrten ihm wenigstens eine zu große Bedeutung. Wenn wilde Thiere schaden, so handeln sie, wie es ihrer wilden Natur gemäß ist; man kann ihnen daher, nach römischer Ansicht, nichts zur Last legen und es findet gegen den Eigenthümer keine actio de pauperie Statt, oder wie es L. 1. §. 10. D. h. t. heißt: in bestiis propter naturalem feritatem haec actio locum non habet [1]). Hingegen, wenn zahme Thiere sich wie

---

[1]) Einige Rechtsgelehrte sagen, es finde zwar keine actio directa, wohl aber utilis Statt, und berufen sich auf das, was Justinian

wilde betragen, so ist dieß eine Unart, wofür auf ähnliche Art, wie wenn der Sclave ein delictum begeht, der Herr verantwortlich ist. Ulpian lehrt zwar:

Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera pauperiem dedit;

aber wer sagt denn, daß es mit diesem Ausspruch nur auf zahme Thiere zu beziehen sey? Fera ist hier zwar kein wildes Thier, aber eben so wenig ausschließlich ein zahmes, sondern überhaupt ein Thier. Die Beispiele sind jedoch von zahmen Thieren hergenommen, woraus nicht folgt, daß die Regel nur auf sie zu beziehen sey. Exempla illustrant, non restringunt. Vielmehr bezieht es sich damit auf Thiere überhaupt und es soll hauptsächlich dadurch angedeutet werden, daß Schaden zu ersetzen sey, den zahme Thiere stiften, und derjenige nicht zu ersetzen sey, den wilde anrichten. Zur Bestätigung dessen kann besonders die Art dienen, wie Justinian in den Institutionen und

---

(§. 1. J. h. t.) lehrt, es könne gegen den Eigenthümer wilder Thiere nicht bloß ex edicto Aedilitio, sondern auch mit der actio de pauperie geklagt werden. Allein Justinian sagt mit keiner Sylbe, daß überhaupt, wenn ein wildes Thier geschadet habe, eine actio de pauperie gegen den Eigenthümer Statt finde; zu solcher Bemerkung war hier der Ort gar nicht, und er würde damit zugleich etwas behaupten, wovon er nur so eben das Gegentheil gelehrt hatte; sondern in Fällen, wo gegen den Eigenthümer wilder Thiere ex edicto Aedilitio geklagt werden kann, in denselben Fällen kann gegen ihn auch mit der actio de pauperie — nicht utilis, sondern directa; es ist von der actio de pauperie schlechtweg die Rede — geklagt werden, also, wenn der Eigenthümer jene wilden Thiere dort gehalten hat, *ubi vulgo iter fit.* Daß diese Auslegung richtig sey, ergibt der ganze Zusammenhang der Stelle und bestätigt das Vorhergehende, nämlich das principium.

Theophilus in der griechischen Paraphrasis derselben sich darüber ausdrücken. Justinian lehrt: Haec autem actio in iis, quae contra naturam moventur, locum habet. Ceterum, si genitalis sit feritas, cessat actio [2]). Noch größere Bestätigung erhält jene Ansicht durch die Paraphrasis des Theophilus: *Χώρα δὲ ἔστι τῷ νοξαλίῳ δυωδεκαδέλτῳ ἐπὶ ἐκείνων τῶν ζώων, ἅ τινὰ παρὰ φύσιν ἀγριούμενα ἕτερον βλάπτουσιν· ει γὰρ ἔμφυτος αὐτοῖς ἐσιν ἡ ἀγριότης, ἀργεῖ ὁ δυωδεκάδελτος.* Nach der Uebersetzung von Reitz: Locus autem est noxali ex XII Tabulis in iis animalibus, quae praeter naturam efferata aliquem laedunt; nam si naturalis illis inest feritas, cessat lex XII Tabularum. Keine Spur davon, daß jener Unterschied auf zahme Thiere oder auf sie insonderheit zu beziehen sey. Ulpian selbst thut, bald, nachdem er jene Regel gegeben, indem er fortfährt, zu reden, den Ausspruch: in bestiis propter naturalem feritatem haec actio locum non habet [3]). Zunächst und unmittelbar nach jener Regel handelt er freilich von zahmen Thieren; die Beispiele nämlich, die er anführt, sind, wie gesagt, von zahmen Thieren hergenommen. Aber diese Beispiele gehören nur insofern hierher, als von gereizten Thieren die Rede ist, welche geschadet haben; oder vielmehr sie gehören insofern gar nicht hierher. Ulpian hat hier einen starken Mißgriff gethan; unsere guten, in diesem Fall sehr zu entschuldigenden Rechtsgelehrten sind, durch ihn irre geleitet, auf einen Holzweg gerathen; — es ist sehr zu besorgen, daß sein Ansehen sie hindern wird, auf die rechte Straße zurück=

---

[2]) princ. J. Si quadrupes paup. fecisse dic.

[3]) L. 1. §. 10. D. h. t.

zukehren. — Wenn ein gereiztes Thier geschadet hat, so ist die actio de pauperie ausgeschlossen, nicht, weil das Thier secundum naturam geschadet hat, sondern, weil dann die Schuld auf einen Menschen fällt, auf denjenigen nämlich, der das Thier gereizt hat, und der den Schaden sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er selbst beschädigt ist, und dafür verantwortlich ist, wenn ein Anderer den Schaden erlitten hat. Will man aber auch auf zahme Thiere den Unterschied zwischen Schaden contra und secundum naturam anwenden, so muß man die Sache anders anfangen. Man muß den Satz, daß Schaden nicht zu ersetzen sey, welchen zahme Thiere secundum naturam stiften, auf einen Schaden beschränken, welcher ungereizt gestiftet wird.

Mir scheint indessen, wenn vom Schaden die Rede ist, den ein zahmes Thier gestiftet hat, sey jene Unterscheidung ganz entbehrlich. Jeder Schade, den ein zahmes Thier (ungereizt) stiftete — oder die Handlung, welche den Schaden verursacht — ist contra naturam, ist bei dieser Thierart eine Unart, und wird als ein Ausbruch von lascivia, besonders von *feritas* dem Thier, oder, statt seiner, dem Herrn auf die Rechnung gesetzt, wie sehr die Handlung übrigens secundum naturam seyn mag. Wenn ein gestreicheltes Thier hinten ausschlägt, so ist dieses secundum naturam, und dennoch wird es als Unart angesehen, und es kann gegen den Eigenthümer auf Schadenersatz geklagt werden [4]). Man wird sagen, ein Betragen dieser Art sey bei zahmen Thieren ungewöhnlich, und deshalb dem Thier nicht zu Gute zu halten. Aber wir haben gehört, daß auch für Schaden, welchen zahme Thiere *pavore* stiften, Ersatz

---

[4]) L. 1. §. 7. D. h. t. L. 5. D. h. t.

zu leisten sey. Es ist aber etwas sehr Gewöhnliches, daß zahme Thiere in Schrecken gesetzt und aufgescheucht werden. So sind z. B. alle Pferde scheu, das eine weniger, das andere mehr. Eben so soll es etwas sehr Gewöhnliches seyn, daß die Stute die Liebesanträge des Hengstes, wenn sie nicht darauf eingehen will, mit der Ferse zurückweist, und dennoch kann, wenn sie dadurch geschadet hat, mit der actio de pauperie geklagt werden [5]). Ueberhaupt kömmt es auf das Gewöhnliche oder Ungewöhnliche gar nicht an, sondern es ist ohne Unterschied die actio de pauperie begründet, wenn das Thier, sey es auch nur aus Schwäche, wie wenn es sich gefürchtet hat, gefehlt hat.

§. 6.

Fortsetzung.

Actio de pastu.

Ich komme jetzt auf die actio de pastu. Ein einziges Bruchstück in den Pandecten erwähnt dieser Klage, und auch nur gelegentlich:

L. 14. §. 3. *D. de praescriptis verbis Ulpianus.* Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege XII Tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque de damni injuria agi posse: in factum itaque erit agendum.

Wir sehen aus dieser Stelle, daß die actio de pastu demjenigen zusteht, auf dessen Grundstück ein frem-

---

[5]) L. 5. D. h. t.

des Thier geweidet, also durch Abweiden ihm geschadet hat. Ob die Klage Statt finde, wenn das Thier von selbst auf die fremde Weide gekommen, oder ob sie Statt finde, wenn ein Anderer es dahin geführt hat, wird nicht gesagt. Allein es kann keinen Zweifel leiden, daß die Klage voraussetzt, daß das Thier von selbst den Schaden angerichtet habe. Es ist hier gerade, wie bei der actio de pauperie. Nur, wenn die Handlung dem Thier selbst beigemessen oder beigelegt werden kann, findet diese Klage Statt; wenn aber ein Mensch es ist, welcher das Thier handeln machte, so ist dieser verantwortlich, und der Beschädigte fordert Ersatz nicht von dem Herrn des Thieres, wenigstens nicht als solchem, sondern von dem Verschuldeten. Die Stelle selbst, wenn man sie näher betrachtet, gibt dieß zu erkennnen; denn, wenn Baumfrüchte auf des Nachbars Gebiet gefallen sind, und er sein Vieh sie aufzehren macht — denn läßt würde zweideutig seyn — so findet gegen ihn eine actio in factum ex lege Aquilia, nicht aber de pauperie und nicht de pastu, Statt. Ueberhaupt ist es damnum injuria datum, wenn Jemand auf eigenem oder fremdem Gebiet Vieh mit fremdem Futter ernährt. Denn allgemein heißt es: De his, quae per injuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis [1]).

Die *actio de pastu* fand also nur Statt, wenn ein Thier auf fremdem Gebiet, welches es von selbst betreten hatte, durch Abweiden geschadet hatte. Denn ausdrücklich wird in jener Pandectenstelle gesagt, daß die actio de pastu in dem dort erwähnten Fall nicht Statt finde, weil das Thier nicht in fundo *alieno* geschadet habe. Allein ich kann mich

---

[1]) L. ult. C. ad legem Aquiliam.

deshalb nicht überreden, daß im entgegengesetzten Fall, nämlich, wenn ein Thier, indem es dem Naturtriebe folgte, fremdes Futter, jedoch nicht auf fremdem Gebiet, verzehrt hatte, gar keine Klage Statt gefunden haben sollte. Man rechnete dieß zur pauperies, und ließ auch in diesem Fall actio de pauperie Statt finden, die nur dann nicht Statt fand, wenn das Thier *in fundo alieno* geweidet hatte, für welchen besonderen Fall die Gesetze der XII Tafeln eine besondere Klage gegeben hatten. Zwar wird in jener Pandectenstelle dem Beschädigten eine actio de pauperie abgesprochen; aber diese fand hier um deswillen nicht Statt, weil ein Mensch dabei in Schuld war, daß das Thier geschadet hatte, welcher *immisso pecore* auf fremdem Gut den Schaden gestiftet hatte. Ich wüßte dann auch nicht, weshalb die actio de pauperie in dem angeführten Fall nicht Statt finden sollte. Man wird sagen, weil ein Thier, welches fremdes Futter verzehrt, secundum naturam schadet. Allein, hier muß ich darauf zurückkommen, wie der ganze Unterschied zwischen Schaden contra und secundum naturam sich hauptsächlich nur auf den Unterschied zwischen zahmen und wilden Thieren bezieht; auf zahme Thiere insonderheit ist er gar nicht und wenigstens nicht in der Ausdehnung, wie die Rechtsgelehrten annehmen, anwendbar. Wenn zahme Thiere fremdes, für sie nicht bestimmtes Futter verzehren, so ist dieses, obgleich es, wie überhaupt alles Schadenstiften der Thiere, gar sehr secundum naturam ist, eine Unart, und würde, fände bei ihnen Zurechnung Statt, ein delictum seyn. Man wird auch keine Stelle nachweisen können, worin das Verzehren von eßbaren Sachen, die Anderen gehören, zum Schadenstiften secundum naturam gerechnet, oder, daß die actio de pauperie in einem Fall dieser Art gar nicht Statt finde,

gesagt wäre. Gehörte das Verzehren von Nahrungsmitteln, die einem Anderen gehören, zur Schadenstiftung secundum naturam, und fände deshalb keine Klage Statt, so hätte auch beim Abweiden *in fundo alieno* nicht die *actio de pastu* Statt finden müssen, die nur ein besonderer Name zu seyn scheint, den die actio de pauperie in einem besonderen — und dabei dem römischen Landmann besonders wichtigen und daher besonders aufgeführten — Fall annahm. Woher käme es auch sonst, daß von der ganzen Klage in allen Sammlungen des römischen Rechts nicht das Geringste weiter vorkömmt, als die zwei oder drei Worte, die Ulpian davon fallen läßt, so daß wir von der ganzen Klage gar nichts wissen würden, wenn nicht dieser Rechtsgelehrte gelegentlich ihrer erwähnt und bemerkt hätte, daß sie in einem gewissen Fall nicht Statt finde. Wie soll man sich dieß Schweigen des römischen Rechts über die actio de pastu erklären? Es war nicht nöthig, ihrer besonders zu erwähnen, da sie nichts Besonderes an sich hatte, und schon durch die *actio de pauperie* in Hinsicht auf allen durch fremde Thiere gestifteten Schaden und dessen Ersatz hinlänglich vorgesorgt war.

§. 7.

Fortsetzung.

Wozu ist, wenn ein Thier geschadet hat, der Eigenthümer gegen den Beschädigten verbunden?

Zunächst ist der Eigenthümer verbunden, den Schaden zu ersetzen, wenn ein zahmes Thier geschadet hat; es steht ihm aber das Recht zu, das (lebendige) Thier zur Entschädigung hinzugeben, und sich dadurch (durch noxae deditio)

vom Ersatz frei zu machen [1]). Der Grund wird ohne Zweifel hier derselbe seyn, wie bei den Noxalklagen, wovon Justinian [2]) bemerkt: Summa autem ratione permissum est, noxae deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse [3]). Ursprünglich war es wohl die Meinung des Gesetzes, daß ein schadendes Thier selbst für den Schadenersatz mit seinem Leibe haften solle, und wie der Eigenthümer verbunden sey, es dem Beschädigten zu diesem Ende auszuliefern, nur solle der Eigenthümer das Recht haben, durch Vergütung des Schadens das Thier von der Schuld und sich von der Verbindlichkeit, es auszuliefern, frei zu machen; die eigenen Worte der XII Tafeln deuten darauf hin [4]). Mit dieser ursprünglichen Idee stimmt das Folgende überein. Nämlich nicht derjenige kann in Ansprache genommen werden, dem das Thier gehörte zu der Zeit, als es schadete, sondern dem es jetzt gehört, da geklagt wird. Die Verschul-

---

[1]) L. 1. pr. et §. 14. 15. 16. D. h. t. — *L. 6. §. 1. D. de re jud.* Decem, aut noxae dedere condemnatus, judicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. At is, qui stipulatus est, decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt, eaque singula separatim stipulari possumus: at judicium solius noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo judicati decem agitur: his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae ex lege tribuitur.

[2]) §. 2. J. de noxal. act.

[3]) Siehe auch *L. 2. pr. D. de noxal. act.* Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat: ipse enim videtur dominus occidisse: si autem nesciente noxalis est: nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat.

[4]) L. 1. pr. D. h. t.

dung des Thieres begleitet es überall hin, wo es sich auch befinden mag, und geht von ihm auf den jedesmaligen Eigenthümer in so weit hinüber, daß er dem Beschädigten dafür gerecht werden muß, wenn er sich nicht durch Auslieferung des Thieres lösen will. Der Grundsatz: *noxa caput sequitur*, findet auch hier Anwendung [5]).

Diese Grundsätze finden überall Anwendung, wenn ein zahmes Thier geschadet hat, nicht bloß, wenn mit der actio de pauperie geklagt wird, sondern auch bei der actio de pastu. Beide Klagen, durch dasselbe Gesetz eingeführt, unterscheiden sich bloß dadurch, daß sie verschiedene Arten, wie Thiere schaden, betreffen; sonst sind sie nicht verschieden. Folgende Stelle aus Paulus [6]) beweiset dieß: Si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupedem dedat: quod etiam lege Pesulania de cane cavetur. Wir sehen zugleich, wie aller mögliche, durch Thiere zu stiftende Schade im Gesetz enthalten war. Nämlich, wenn ein gereiztes Thier Schaden thut, so fällt die Schuld auf den Menschen, der es gereizt hat und dafür verantwortlich ist. Hat es ungereizt, überhaupt ohne Schuld eines Menschen, der es in Thätigkeit gesetzt hat, geschadet, so gehört der Schade zur pauperies, selbst wenn es durch Abweiden in alieno fundo geschadet hat, in welchem Fall *actio de pastu* Statt findet.

Wir sehen also, daß in dieser Materie das römische

---

[5]) *L.* 1. §. 12. *D. h. t.* Et, cum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, non cujus fuerit quadrupes, cum noceret, sed cujus nunc est. §. 13. D. eod.

[6]) recept. sent. L. 1. tit. 15.

Recht nur die Schuld des Thieres, nicht des Herrn, in Betrachtung zieht, und daß dieser für den Schaden verantwortlich ist, weil er Eigenthümer ist, nicht, weil er den Schaden verschuldet hat. Nur in einem Fall sieht das Gesetz auf die Schuld des Herrn, nämlich, wenn er einen bösen Hund nicht an der Kette liegen hatte [7]). Aber selbst in diesem Fall scheint nach dem Zusammenhange nur eine gewöhnliche actio de pauperie Statt zu finden, und der Eigenthümer haftet für den Schadenersatz, nicht, weil er den Schaden verschuldet hat, sondern seine Unterlassung macht nur, daß er den Schaden, den das Thier gestiftet hat, ersetzen muß, da er, nach Bewandniß der Umstände, in diesem Fall frei davon gewesen wäre, wenn er es nicht etwa selbst, wie ihm auch in diesem Fall frei steht, zum Schadenersatz hingeben will.

§. 8.

Urtheil über die Bestimmungen des römischen Rechts, nebst Bemerkungen über die Grundsätze, von denen der Gesetzgeber ausgehen muß.

Das römische Recht erfüllt ganz und gar nicht die geringen Ansprüche, die man in dieser Materie an eine gute Gesetzgebung machen kann. In Kurzem enthält es nichts weiter, als Folgendes:

1) Niemand darf Thiere auf fremdes Gebiet schicken, damit sie dort weiden; — der Eigenthümer, welcher fremde

---

[7]) Si quis aliquem evitans, Magistratum forte, in taberna proxima se immisisset, ibique a cane feroce laesus esset, non posse agi canis nomine, quidam putant; at si solutus fuisset, contra. *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

Thiere auf seinem Gebiet findet, darf sie jedoch nicht fangen und einschließen [1]); — derjenige kann mit einer actio in factum ex lege Aquilia belangt werden, welcher seine oder fremde Thiere mit fremdem Futter ernährt [2]). Das sind lauter Dinge, die sich so ziemlich von selbst verstehen. Die Hauptsache ist, daß Schade verhütet oder vergütet wird, welchen Thiere ohne Mitwirkung eines Menschen anrichten.

2) In dieser Hinsicht sieht das römische Recht, wenn zahme Thiere schaden, nicht auf den Herrn des Thieres; es fragt nicht, ob er den Schaden aus Mangel an Aufsicht verschuldet habe, ihm liegt also auch keine Verbindlichkeit ob, dergleichen Schaden durch Aufsicht u. s. w. zu verhüten, sondern das Thier selbst ist gleichsam schuldig, und es findet eine actio de pauperie Statt, wenn es ungereizt oder von selbst geschadet hat, und insonderheit eine actio de pastu, wenn dieß durch Abweiden in fundo alieno geschehen ist. Beide Klagen finden gegen den Eigenthümer Statt, welcher für das Thier zahlen muß, und zwar haftet der jedesmalige, der sich von der Verbindlichkeit, den verursachten, vielleicht sehr großen, Schaden zu vergüten, dadurch frei machen kann, daß er das Thier dem Beschädigten hingibt, für den es vielleicht keinen Werth hat, wenn es überhaupt einen hat. Und wenn das Thier gestorben ist, der Eigenthümer sein Eigenthum daran aufgegeben hat u. s. w., muß nach diesen Grundsätzen jede Ansprache auf Entschädigung wegfallen. Auf solche Art ist freilich schlecht für den Beschädigten gesorgt; nicht minder schlecht für den neuen Erwerber des

---

[1]) L. 39. §. 1. D. ad legem Aquil. verb. L. ult. C. de lege Aquil.

[2]) L. 14. §. 1. D. de praescript. Cap. 4. X. de injuriis.

Thieres, dem es einen Proceß mitbringt, und der einen Schaden ersetzen soll, den er nicht verschuldet hat.

So ist es; so sollte es aber nicht seyn. Die Vorschriften des natürlichen Rechts sind hier sehr einfach, und kein Grund ist vorhanden, sich davon zu entfernen; sie sind vielmehr in das positive aufzunehmen, und nur noch allenfalls zu erweitern. Ueberhaupt muß der Eigenthümer, ohne Unterschied zwischen zahmen und wilden Thieren, in allen Fällen den Schaden ersetzen, den seine Thiere gestiftet haben, weil er am Ende als derjenige anzusehen ist, der ihn verschuldet hat; es sey denn, daß ein anderer Mensch, der Beschädigte, oder ein Dritter Schuld daran ist, da dann der Dritte, als welcher den Schaden zunächst verursacht hat, ihn zu vergüten, der Beschädigte ihn sich selber zuzuschreiben hat. — Dem Letzteren würde es schon zur Schuld anzurechnen seyn, wenn er widerrechtlich das fremde Gebiet betrat. —

Insonderheit ist es mit den Rücksichten, die man der Gesellschaft schuldig ist, nicht zu vereinigen, wenn man Thiere, sich selbst überlassen, umherlaufen läßt, und, wenn sie von freien Stücken Schaden stiften, muß der Eigenthümer billig den Schaden ersetzen, weil er das Thier nicht, oder nicht sorgfältig genug, gehütet hat. Insonderheit gebührt dem Eigenthümer, es zu verhüten, daß seine Thiere auf ein fremdes Grundstück gehen und dort durch Abweiden Schaden stiften. Er muß daher die Plätze, auf denen sein Vieh weidet, durch Zäune oder Gräben befriedigen oder es durch Hirten hüten lassen, damit es auf die Felder des Nachbarn nicht übergehen und schaden könne. Wenn jene Maßregeln ihrem Zwecke nicht entsprechen, das Vieh auf fremdes Gebiet hinübergeht und fremdes Gras, Getreide u. s. w. abweidet, so ist wiederum der Eigenthümer verbun-

den, den Schaden zu ersetzen, als der es nicht sorgfältig genug gehütet hat. Fällt dem Hirten Schuld zur Last, so lehren die Rechtsgelehrten, der Hirte sey auf Schadenersatz zu belangen; der Eigenthümer, der den Hirten bestellte, sey weder für die Handlungen, noch für die Unterlassungen des Hirten verantwortlich [3]). Ich würde, wenn ich bloß die Natur der Sache zu Rathe zöge, glauben, der Beschädigte könne, wenn der Hirte durch Unterlassung geschadet hat, den Ersatz seines Schadens von dem Eigenthümer und nur von diesem fordern, welcher jedoch auf den Hirten zurückgehen und von ihm die Wiedererstattung begehren könne. Denn die Unterlassungen seines Beauftragten kommen auf seine Rechnung. Wenn, wie ich annehme, der Eigenthümer verbunden ist, zu verhüten, daß seine Thiere Schaden thun, so liegt ihm ob, diese Pflicht selbst zu erfüllen; in so fern er aber seine Person durch Andere vertreten läßt, muß er für deren Unterlassungen aufkommen, selbst, wenn ihm nichts dabei zur Last gelegt werden kann, daß er die Hut der Heerde gerade einer solchen Person anvertraute.

Der Beschädigte kann zu dem Hirten nicht sagen: „ersetze mir den Schaden, den du verschuldet hast". Dieser hätte zwar durch Anwendung von Sorgfalt den Schaden verhüten können, aber er hat keine Verbindlichkeit gegen den Beschädigten, ihm den Schaden zu ersetzen, den er hätte verhüten können, weil er gegen den Beschädigten keine Verbindlichkeit hatte, jene verhütende Sorgfalt anzuwenden.

---

[3]) *Struv.* Syntagma ex. 14. L. 9. tit. 1. — *Franc. Virii* decisiones regni Neapolitani lib. 2. dec. 280. nr. 1. — *Richter* dec. 5. nr. 22., welcher L. 11. pr. D. locat. und L. 50. de regul. jur. dafür anführt. — Bülow und Hagemann pract. Erörterungen, 7. Band S. 257.

Die obigatio ad diligentiam lag ihm bloß gegen denjenigen ob, der ihm den Auftrag gab, das Vieh zu hüten. Anders ist es, wenn er durch Thätigkeit schadet, indem er das Vieh auf ein fremdes Gebiet auf die Weide führt. Für diese unerlaubte Handlung muß er den Eigenthümer des Weideplatzes entschädigen; denn hier ist nicht die Rede von Schaden, den er durch Anwendung von Sorgfalt hätte verhüten können, sondern, den er angerichtet hat. Wenn ich aber die Grundsätze des römischen Rechts in Betrachtung ziehe und an die Lehre des Ulpian denke [4]), wonach, wenn Jemand einen Hund am Stricke führt, und er sich losreißt, da ein Anderer ihn hätte fester halten können u. s. w., die actio de pauperie nicht Statt findet, und derjenige für den gestifteten Schaden haftet, *qui canem tenebat*, so muß ich, mag ich wollen oder nicht, den Rechtsgelehrten, deren Gründe nicht die meinigen sind, dennoch beipflichten.

---

[4]) L. 1. §. 5. D. h. t. — S. auch L. 8. §. 1. D. ad legem Aquiliam.

2) Wie soll man sich gegen Bienen schützen, die der Nachbar hält?

Gegen diese kleinen Räuber versagt Pufendorf uns alle Hülfe; er nimmt sie in seinen Schutz, und legt ihnen das Recht bei, überall umherzuschweifen, auch in den Gebieten der Nachbarn ihrer Nahrung nachzugehen, und die fremden Gärten, wie die eigenen ihres Herrn, nach Belieben auszuplündern. Cum omnibus constet, apes esse genus animantis vagum et quae nulla ratione adsuefieri possit, ut ex certo loco pabulum petat: igitur ubicunque illas habendi jus est, ibi quoque omnibus vicinis quandam velut servitutem injunctam intelligi, ut apibus passim citra ullius prohibitionem vagari liceat [1]). Leyser will ihm nicht ganz beistimmen; man habe nicht nöthig, sich von fremden Bienen berauben zu lassen; es gebe ein Mittel, sich vor ihnen zu schützen. Dieß Mittel — man wird sich wundern, wenn ich es nenne — ist nichts Anderes — als die Pfändung. Ja Leyser lehrt, man könne Bienen, wie andere

[1]) *Pufendorf* de jure naturae et gentium lib. 3. cap. 1. §. 3.

zahm gemachte Thiere, wenn sie auf unser Gebiet kommen — pfänden. Die Pfändung sey leicht zu bewerkstelligen, wenn sich ein ganzer Bienenschwarm bei uns eingefunden habe. Aber auch einzelne, auf unserem Gebiet umherfliegende, Bienen könnten gepfändet werden. Man dürfe nur einen Bienenkorb mit Honig aussetzen, und, wenn die Bienen sich darin versammelt hätten, ein Tuch darüber ausbreiten. Dieß Mittel gibt du Fresne [2]), auf den Leyser sich beruft, an die Hand.

An und für sich würde die Pfändung, wenigstens der Bienen, die einzeln auf unser Gebiet kommen, zwar nicht verwerflich seyn; sie erscheint aber als eine unnütze Handlung, da sie nur Schadenersatz zum Zweck haben könnte; der Schade aber, den die Bienen stiften, wenn sie Honig aus den Blumen saugen, ist für nichts zu rechnen [3]).

---

[2]) Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis voce *Arna:* Si apes fecerint damnum, paret iis in horto aut in vineo arnam cum melle et unum cantarum, et cum apes fuerint ibi congregatae, cooperiat eas panno, et sic teneat eas pignoratas.

[3]) Wenn ein ganzer Bienenschwarm seinen bisherigen Wohnsitz verlassen und sich auf dem Gebiet des Nachbars niedergelassen hat, so fragt es sich, ob hier überhaupt von Pfändung die Rede seyn könne, ganz abgesehen von ihrer Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit. Die Bienen werden bekanntlich nach römischem Recht, ohne Unterschied ihres Aufenthalts, als Thiere wilder Art angesehen, und es finden bei ihnen in Hinsicht auf Erwerb, Fortdauer und Verlust des Eigenthums dieselben Grundsätze Anwendung, die von wilden Thieren überhaupt gelten. Man erwirbt das Eigenthum derselben durch Occupation, setzt es fort, so lange sie in unserer Gewalt, und verliert es, so bald sie uns entflohen sind. Wenn daher der Bienenschwarm entflohen oder ausgewandert ist, so würde der Nachbar, bei dem er eingewandert ist, auf dessen Gebiet er sich wenigstens einstweilen nie-

Wie soll aber der Eigenthümer sein Gebiet und seine Pflanzen gegen diese kleinen Räuber schützen? Darf er sie

---

dergelassen hat, ihn als gute Beute betrachten, ihn in den Korb einfassen und sich dadurch selbst zum Eigenthümer machen können, statt seinem bisherigen Herrn zu erlauben, ihn zurückzuholen und auf solche Art das Eigenthum nicht fortzusetzen, sondern das Verlorene aufs Neue zu erwerben. Das römische Recht setzt zwar die Einschränkung hinzu, wie entflohene Thiere noch so lange die unsrigen verbleiben, als sie noch in unserem Gesicht und dabei leicht wieder einzuholen sind (§. 12. J. de rer. div. L. 5. pr. D. de acquir. rer. dom.) und wendet dieß namentlich auf entflohene Bienenschwärme an (§. 14. J. de rer. div. L. 5. §. 4. D. de acq. rer. dom.); allein, dieß kann wohl bei wilden Thieren, und namentlich Bienen, die auf ein fremdes Gebiet, zumal ein befriedigtes, mit Schranken versehenes, die nach dem Willen des Eigenthümers nicht überschritten werden sollen, ja diesen Willen durch ihr Daseyn selbst zu erkennen geben, entflohen sind, keine Anwendung finden, da es bei solcher Lage der Dinge nicht von uns abhängt, uns der entflohenen Thiere mit Leichtigkeit und nach Gefallen wieder zu bemächtigen, indem der Herr des Gebiets uns das Betreten desselben und die Wegführung der Thiere, wenigstens de facto, verwehren kann, wenn örtliche Hindernisse es nicht thun. Den Rechtsgelehrten zufolge, würde hier zu unterscheiden seyn, ob sie in Gegenwart des Herrn oder in seiner Abwesenheit entflohen sind. Sind sie entflohen, als der Herr z. B. im Garten war, hat er sie fliehen sehen, und sie verfolgt, dann gehören sie ihm fortwährend, und der Nachbar kann ihm nicht wehren, sein Gebiet, worin die entflohenen Bienen sich niedergelassen haben, in der Verfolgung zu betreten, um die Bienen, die noch immer die seinigen sind, abzuholen (*Locum quaest. Just.* 122. *P. Müller* diss. de jure apum, cap. 2. th. 8.). Sind sie aber in seiner Abwesenheit entflohen, so haben sie ihre natürliche Freiheit sogleich wieder erlangt, und sollte auch ihr bisheriger Herr sie hernach auf dem fremden Gebiet sehen, so behalten sie doch die einmal erlangte natürliche Freiheit bei, bis sie als res nullius einem neuen Herrn zu Theil werden, demjenigen nämlich, der sich ihrer zuerst bemächtigt (*P. Müller* diss. de jure apum, cap. 2. th. 7.). So die Rechtsge-

in gerechter Nothwehr verbrennen, wenn sie zu seinen Bienen hinüberfliegen? — Das römische Recht sagt: Nein.

L. 27. §. 12. *D. Ad legem Aquiliam*:

Si cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, legis Aquiliae actionem competere, Celsus ait.

Darf er sie mit Rauch verjagen oder tödten? Das römische Recht sagt, wie es scheint, abermals: Nein.

L. 49. *pr. D. eod.*

Si quis fumo facto apes alienas fugaverit, vel etiam necaverit, magis causam mortis praestitisse videtur, quam occidisse: et ideo in factum actione tenebitur.

---

lehrten. Wenigstens der Unterschied zwischen Gegenwart und Abwesenheit scheint hier nicht in Betrachtung zu kommen, und wenn man auch zugeben wollte, daß wir Thiere und Bienen auf das Gebiet des Nachbarn verfolgen dürften und das Eigenthum derselben für uns nicht verloren sey, so lange wir sie auf dem angrenzenden Gebiet sehen, und uns derselben auf diesem Gebiet, wenn nur der Nachbar, wie er nicht thun dürfe, uns den Eintritt nicht versagt, wieder bemächtigen können, so läßt sich doch nicht zugeben, daß wir das Eigenthum ohne Weiteres verlieren, wenn wir bei der Flucht nicht gerade zur Stelle sind. Im römischen Recht wird zur Fortdauer des Eigenthums dieß Zurstelleseyn nicht gerade erfordert, und, wenn der Eigenthümer auch erst darüber zukömmt, wenn wilde Thiere schon entflohen sind, er sie jedoch nicht aus dem Gesicht verloren hat, sie vielmehr sogar in seiner Nähe noch sieht und leicht wieder einholen kann, müßte man sein Eigenthum als fortdauernd anerkennen. Wenn man annimmt, daß die Flucht auf ein fremdes Gebiet der Verfolgung und dem Eigenthum kein Ziel setzt, so hat man weiter keinen Grund, dem bisherigen Herrn die Verfolgung, wie das Eigenthum, abzusprechen, wenn ein Thier in seiner Abwesenheit auf das Gebiet des Nachbarn entflohen ist.

Aber er darf doch seine Blumen und Blätter mit Gift bestreichen, woran die Bienen, wenn sie davon saugen, sterben? Hier sagt das römische Recht nichts, Leyser hingegen, unter Beziehung auf die beiden eben angeführten Stellen des römischen Rechts, wiederum: Nein. Allein ich sehe nicht, was den Eigenthümer hindern könnte, seine Blumen mit einer Substanz zu bestreichen, woran die Bienen sterben. Hat er ihnen doch nicht geheißen, auf sein Gebiet zu kommen und an seinen Blumen zu saugen. Jene Stellen lehren nur, er dürfe die fremden Bienen nicht tödten; in dem angenommenen Fall hat er aber die Bienen nicht getödtet; sie haben sich vielmehr selbst getödtet. Ich wüßte selbst nicht einmal, was den Eigenthümer abhalten sollte, fremde Bienen, da er sie auf andere Art nicht verscheuchen kann, mit Rauch zu verjagen. Hat er nöthig, sich der Erregung eines Rauchs auf seinem Grund und Boden aus Schonung gegen seine Nachbarn und die fremden eindringenden Bienen zu enthalten? Und selbst, wenn er den Rauch bloß deshalb erregt, um die fremden Bienen zu verscheuchen, wer kann es ihm wehren? Braucht er sich über seine Absicht zu erklären, und kann es überhaupt an sich bei einer erlaubten Handlung auf diese Absicht ankommen? Ich nenne sie eine erlaubte Handlung; denn auf seinem eigenen Boden Rauch zu erregen, ist an sich keine widerrechtliche Handlung; sie ist nur in sofern nicht erlaubt, als der Rauch auf das Gebiet des Nachbarn hinüberdringt, und selbst, wenn dieses geschieht und dem Nachbar dadurch Schade geschieht, kann derjenige, der den Rauch erregt, nur für den Schaden verantwortlich seyn, der auf dem Gebiet des Nachbarn durch den hinübergedrungenen Rauch entstanden ist. Muß ihm nicht auf allen Fall der Um-

stand zu Statten kommen, daß er sein Gebiet, seine Pflanzen u. s. w. vor Eindrang fremder Thiere schützen, sich gegen sie nur vertheidigen will? Ich würde daher glauben, es sey an jener Stelle die Rede davon, daß Jemand nicht auf eigenem, sondern auf dem Gebiet des Herrn der Bienen Rauch erregt und die Bienen aus ihrem Wohnsitz verscheucht hat, wenn die Stelle nicht allgemein redete, und besonders, wenn es nicht ganz unglaublich wäre, daß Jemand sich auf ein fremdes Gebiet begeben und Rauch erregen sollte, um Bienen zu verscheuchen; weshalb der Rechtsgelehrte einen Fall dieser Art, wenn er auch nicht gerade unmöglich ist, doch nicht zur Aufgabe gewählt haben wird. Wohl aber kann hier der Fall gemeint seyn, da Jemand auf seinem eigenen Gebiet Rauch erregt hat, welcher auf das Gebiet des Nachbarn sich verbreitet und die Bienen von dort verjagt hat, so daß sie nicht zurückgekehrt, wohl gar durch den Rauch getödtet sind, und also ein Schade für den Nachbar entstanden ist. Und so ist es auch. Es ist nicht von Abhaltung fremder Bienen durch Rauch, sondern von einer *immissio fumi* und einer in Folge dieser widerrechtlichen Handlung, wiewohl es dabei auf Tödtung der fremden Bienen nicht abgesehen gewesen, vorhandenen Verpflichtung zum Schadenersatz die Rede. Jener zuvor erwähnte Fall, da Jemand den Rauch auf dem fremden Gebiet erregt hat, ist damit eben nicht ausgeschlossen, wiewohl der Rechtsgelehrte hier daran nicht, wenigstens nicht an eine dadurch beabsichtigte Verjagung oder Beschädigung der Bienen, gedacht haben wird.

Indessen sind diese Mittel, wodurch der Eigenthümer sich selbst hilft, vielleicht nicht nach seinem Geschmack, dabei

aber geeignet, ihn mit seinem Nachbar in verdrießliche Händel zu verwickeln, auch führen sie ihn nicht geradezu zu seinem Ziel. Besser wäre es, wenn es ihm erlaubt wäre, durch Hülfe der Obrigkeit zu bewirken, daß gar keine Bienen auf sein Gebiet kommen dürften. Es entsteht also die Frage, ob der Nachbar dem Nachbar de jure wehren könne, Bienen zu halten.

Auf dem Lande wird wohl Keiner ein Recht, worauf er selbst Ansprache macht, dem Anderen streitig machen, auch ist auf dem Lande das Halten der Bienen dem Nachbar weniger lästig; aber in den Städten, wohin die Bienenzucht überhaupt nicht gehört, wo die Gärten hinter den Häusern gewöhnlich nur klein sind, verhält es sich anders; hier ist es keine geringe Beschwerde, wenn der Nachbar Bienen hält. Es hat dieß die unangenehme Folge, daß, besonders an warmen Tagen und wenn die Sonne scheint, oder wenn es auch nur nicht regnet, also gerade zu solcher Zeit, wenn der Besitzer selbst vielleicht Lust hat, sich in dem Garten zu ergehen, er ihn voll von schwärmenden Bienen findet, so daß er überall, wo er sich auch befinden mag, von ihnen umsummt wird, sich überall vor ihnen in Acht nehmen muß, und überall in Gefahr ist, besonders, wenn er ihnen, sey es auch nur unversehens, zu nahe kömmt, von ihnen gestochen zu werden. Und wie leicht kann es geschehen, daß zur Zeit, wenn die Bienen schwärmen, ganze Schwärme in den Garten und auf das Gebiet des Nachbarn eindringen. Es scheint, daß es überhaupt nicht erlaubt seyn könne, in den Städten Bienen zu halten. Stände dem einen Nachbar dieß Recht zu, so hätte ja der andere dasselbe Recht, und dieß würde, wenn jeder, wie ihm nicht gewehrt werden könnte, von seinem Recht Gebrauch machte, die Folge haben, daß

man sich vor Bienen nicht zu lassen wüßte, und am Ende — wie weiland die Abderiten vor den Fröschen der Latona — vor den Bienen entweichen, und ihnen Haus und Hof überlassen müßte. Will aber eine (schlechte) Polizei Bienen in den Städten dulden, so entsteht weiter die Frage, ob der Nachbar nicht in einem solchen Fall gegen den Nachbar sein Eigenthumsrecht geltend machen und von ihm verlangen könne, daß er die Beschwerde, welche die Bienen ihm verursachen, abstelle. Kann er ihm auch an sich nicht wehren, Bienen zu halten, so hat er doch nicht nöthig, zu dulden, daß sie auf seinem Gebiet umherfliegen. Zunächst könnte er freilich von ihm nur verlangen, daß er den Thieren nicht erlaubt, zu ihm hinüberzufliegen; in so fern dieß aber auf andere Art nicht zu verhüten wäre, wie es denn schwerlich ist, könnte er, wie es scheint, wohl begehren, daß er sie abschaffe. Wirklich haben auch die hannöverschen Gerichte diesen Fall, sogar durch drei Instanzen gleichmäßig, also entschieden [4]), nur ließ das höchste Gericht dem Nachbar den Einwand zu Gute kommen, er habe sich schon zehn Jahre lang im Besitz einer Bienenstelle an diesem Platz befunden.

Allein weder die Regel, noch die Ausnahme lassen sich, glaube ich, nach den Gesetzen, wonach hier entschieden ward, nämlich den römischen, rechtfertigen. Sollte die Sache bloß nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden, so glaube ich, würde allerdings der Eigenthümer fordern können, daß der Nachbar ihn nicht mit seinen Bienen belästige, er könnte wohl verlangen, daß die fremden Thiere gehindert würden,

---

[4]) Bülow und Hagemann practische Erörterungen Bd. 2. Abh. 7. §. 2. Note.

auf sein Gebiet zu kommen, und, wenn dieß auf andere Art nicht verhütet werden könnte, daß er sie gar nicht halte. Allein, nach Grundsätzen des römischen Rechts darf, wie wir gehört haben, Jeder Thiere, auch wilde, halten; er darf sie zwar nicht auf ein fremdes Gebiet auf die Weide führen, ihm liegt aber keine Verbindlichkeit ob, zu verhüten, daß sie von selbst auf ein fremdes Gebiet übergehen. Hätte er eine solche Verbindlichkeit, so müßte er verbunden seyn, den Schaden zu ersetzen, den sie auf fremdem Gebiet durch Abweiden stiften. Allein eine solche Verbindlichkeit liegt ihm nur ob, wenn er die Thiere auf das fremde Gebiet getrieben hat, nicht aber, wenn sie von selbst dorthin gekommen sind. In diesem letzteren Fall hat er zwar gleichfalls die Verbindlichkeit, wenn er das Thier selbst nicht zum Schadenersatz hingeben will, den Schaden zu ersetzen, aber dieß ist eine Verbindlichkeit ganz anderer und ganz eigener Art; sie entsteht nicht aus widerrechtlicher Unterlassung, und läßt nicht auf eine Verbindlichkeit, Schaden abzuwenden, zurückschließen, sondern sie liegt ihm ob, weil er Eigenthümer des Thieres ist, welches er nicht handeln machte, sondern welches die schädliche Handlung selbst beging.

Wie nun dem Nachbar zur Geltendmachung seines Eigenthums keine Klage gegen den Nachbar zusteht, so wird diese auch nicht durch Verjährung ausgeschlossen. Von Verjährung kann hier gar nicht die Rede seyn, weil ja das Recht, Bienen zu halten und die Bienenstöcke auf seinem Gebiet an jeder Stelle, wo es ihm gefällt, aufzustellen, dem Nachbar, vermöge seines Eigenthums, von selbst zusteht, und wie ihm dieses Recht an und für sich nicht bestritten werden kann, so ist davon das Recht zu unterscheiden, seine

Bienen auf das fremde Gebiet fliegen zu lassen. Ein Recht dieser Art hat er dadurch nicht erworben, daß der Nachbar bisher geduldet hat, daß die fremden Bienen, als sie ihren Honig einsammelten, auch auf seinem Gebiet herumschwärmten. Von Verjährung könnte nur etwa dann die Rede seyn, wenn der Nachbar als ein solcher anzusehen wäre, der dem Nachbar die Bienen zuschickte, sie bei ihm gleichsam auf die Weide schickte. Zu dem Ende müßte man sich in diesem Fall die Sache so vorstellen, als hätte der Nachbar durch Aufstellung des Bienenkorbes in der Nähe unseres Grundstücks eine Anstalt gegründet, gleichsam eine Maschine aufgestellt, die nach mechanischen Gesetzen auf unser Gebiet hinüberschweifte. Allein diese Ansicht würde hier nicht zutreffen. Wir müssen überhaupt jedes Ding nach seiner besonderen Art betrachten; wir können die Thiere keinesweges als bloße Maschinen ansehen, und belebte Geschöpfe den leblosen Dingen nicht gleichstellen; wir müssen ihnen vielmehr eine Art von Willkühr, ein arbitrium, wenn auch nur *brutum*, beilegen. Wenn die Bienen auf unser Gebiet kommen, so geschieht es nicht, weil der Nachbar sie uns zuschickt; sondern sie kommen, angelockt durch den Geruch unserer Blumen, wenn ich so sagen soll, auf eigenes Geheiß. Von dem Herrn könnten wir bloß verlangen, daß er sie hindere, auf unser Gebiet zu kommen. Allein ein solches Recht steht uns nicht zu und kann also auch dadurch nicht verloren werden, daß der Nachbar ein entgegenstehendes Recht durch Verjährung erwirbt.

V.

Von dem Recht der Obrigkeit, Unmündige wegen Vergehungen zu strafen.

(Im März 1838.)

§. 1.

Wenn wir zuvörderst die gegebenen Gesetze bei Seite liegen lassen, so müßte die Regel, welche, gestützt auf eine Stelle des römischen Rechts [1]), die Alten geben: *aetas delictum non reddit impunitum, modo non impediat rationis usum* [2]), wenn sie in ihrer wahren Bedeutung, wie die Worte sie an die Hand geben, gebraucht würde, an die Spitze dieser Materie gestellt werden. Allein bei ihnen ist sie eine bloße Folgerung aus einzelnen Sätzen, welche über den Einfluß des jugendlichen Alters auf die Strafbarkeit das römische Recht aufstellt; die Regel soll nichts ausdrücken, als was dem römischen Recht gemäß ist, und hat einen viel beschränkteren Umfang, als die Worte haben. Nach römischem Recht kommt es nicht darauf an — wiewohl man es nach jener Regel glauben möchte —, ob dieses Individuum den vollen Gebrauch seines Verstandes hatte, sondern das römi-

[1]) *L. 7. C. de poenis.* Impunitas delicti propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen, quod intenditur, cadere potest.

[2]) *Lauterbach* Coll. tit. de delictis §. 17.

sche Recht nimmt ein gewisses Alter an, mit welchem Zurechnung und Strafbarkeit anfängt, ohne daß weiter danach gefragt wird, ob dieser junge Verbrecher nicht schon früher das Unerlaubte der Handlung einsah, oder ob er es jetzt einsieht. Nach römischem Recht ist es als Regel anzunehmen, daß nur Erwachsene ein Verbrechen begehen können und Unmündige straflos sind. Das römische Recht nimmt nämlich an, daß es dem Unmündigen an dem zur Strafbarkeit erforderlichen dolus fehlt, er müßte denn der Mündigkeit sehr nahe stehen [3]). Das römische Recht unterscheidet zwar mit

---

[3]) *L. 22. pr. D. Ad legem Corn. de falsis.* Impuberem in hoc Edictum incidere, dicendum vix est: quoniam falsi crimine vix possit teneri, cum dolus malus in eam aetatem non cadit. *L. 3. §. 1. D. de injuriis.* Sane sunt quidam, qui facere non possunt, utputa furiosus, et impubes, qui doli capax non est: namque hi pati injuriam solent, non facere: cum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere, hos, sive pulsent, sive convicium dicant, injuriam fecisse non videri. *L. 1. §. 6. D. Ne vis fiat ei, qui in poss. missus est.* Hoc edicto neque pupillum, neque furiosum teneri constat: quia affectu carent. Sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est; ceterum si jam doli capax sit, contra erit dicendum. Ergo etsi tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem: si modo solvendo sit tutor. Sed et ipsum tutorem posse conveniri, *Julianus* scribit. *L. 3. §. 1. D. de sepulchro violato.* Prima verba ostendunt, eum demum ex hoc plecti, qui dolo malo violavit; si igitur dolus absit, cessabit ejusdem poena. Igitur doli non capaces (ut admodum impuberes, item omnes, qui non animo violandi accedunt) excusati sunt. *L. 26. pr. D. de jurejur.* Qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus aetatisve sit: omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit: quamvis pupillus non videatur pejerare: quia sciens fallere non videatur. *L. 1. §. 15. D. Depositi.* An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depo-

Recht Unmündige, die des dolus fähig, und andere, die es nicht sind; allein es sieht doch die Unmündigen der Regel nach für solche an, die des dolus nicht fähig sind, und nimmt nur die geringe Zahl derjenigen aus, die der Mündigkeit sehr nahe stehen. Auch diese Letzteren, welche es des dolus für fähig erklärt, sind es deshalb, beiläufig gesagt, nicht in einzelnen Fällen, noch ist aus dem Umstande, daß Jemand der Mündigkeit sehr nahe steht, dolus zu vermuthen [4]). Sie können nur *in dolo* seyn, was nach Annahme des römischen Rechts jüngere Unmündige nicht seyn können. Man möchte nun glauben, der Unmündige könne zwar nicht wegen des dolus, also wegen solcher Verbrechen gar nicht bestraft werden, zu deren Wesen der dolus gehört, damit sey aber nicht gesagt, daß er bei denjenigen, bei welchen auch die culpa bestraft wird, nicht wegen der culpa bestraft werden könne. Allein es findet überhaupt keine Zurechnung bei ihm Statt [5]). Er, der für das grö-

---

siti actio detur, quaeritur. Sed probari oportet, si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, et si dolus non intervenit. §. 18. *J. de obl. et del.* — impubes, si proximus pubertati sit et ob id intelligat, se delinquere. *L.* 111. *pr. D. de reg. jur.* Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et injuriae faciendae. *L.* 13. §. 1. *D. de dolo malo.* — Ego arbitror, et ex suo dolo conveniendum (pupillum), si pubertati proximus est: — *L.* 26. *D. de doli mali et metus exc.* — Denique Julianus quoque saepissime scripsit, doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse.

4) *Vinn.* ad §. 18. J. de obl., quae ex delicto, nr. 2.

5) Er kann daher, wenn er nicht pubertati proximus est, überhaupt nicht ex lege Aquilia belangt werden. *L.* 5. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam.* — Quodsi impubes id fecerit (damnum dederit), *Labeo* ait, quia furti tenetur, teneri et

ßere Unrecht nicht verschuldet ist, weil er es, wie das römische Recht annimmt, nicht sieht, weil er nicht weiß, was er thut, ist aus demselben Grunde auch nicht für das geringere verantwortlich und wie er selbst für beabsichtigte Folgen seiner Handlungen nicht haftet, kann er noch weniger für unbeabsichtigte verschuldet seyn.

Wenn es also nach römischem Recht geht, so können Unmündige fast bis zum Alter der Mündigkeit hin die schwersten Verbrechen begehen, ohne daß man sie deshalb bestrafen kann. Sie können Dörfer und Städte in Brand setzen, Menschen ums Leben bringen u. s. w., und, abgesehen von dem, was de facto darauf folgen möchte, de jure kann man ihnen deshalb nichts anhaben. So lange der Unmündige noch Kind ist, kann er überhaupt kein Unrecht begehen; das römische Recht spricht ihm in diesem Alter sogar den Verstand ab und vergleicht ihn mit den Wahnsinnigen. Es haftet keine Schuld an ihm und weder zur Strafe, noch zum Schadenersatz ist er verpflichtet [6]). Aber auch der Un-

---

Aquilia eum, et hoc puto verum, si sit jam injuriae capax. *L. 23. D. de furtis.* Impuberem furtum facere posse, si jam doli capax sit, *Julianus* libro XXII. Digestorum scripsit. Item posse cum impubere damni injuria agi, quia id furtum ab impubere fit: sed modum esse adhibendum ait: nam in infantes id non cadere: nos putamus, cum impubere culpae capace, Aquilia agi posse. Item verum est, quod *Labeo* ait, nec ope impuberis furto facto teneri eum.

[6]) §. 8. et 9. J. de inutil. stipul. L. 45. D. de fideicommiss. libertate. L. 12. D. ad legem Corn. de sicariis. L. 111. pr. D. *de reg. jur.* Schon unter den alten Rechtsgelehrten gab es über diesen Punct Andersdenkende, und dem römischen Recht drohte hier von einer Seite Gefahr, von der man es wohl nicht erwartet hätte. Es begab sich nämlich, daß einmal ein

mündige, der die Jahre der Kindheit zurückgelegt hat, ist noch immer eben so straflos und eben so wenig zum Schadenersatz verpflichtet; nur wenn er der Mündigkeit schon sehr nahe steht — wenn er *pubertati proximus* ist — findet Zurechnung bei ihm Statt; so daß, obwohl das jugendliche Alter als Milderungsgrund in Betrachtung kommt [7]), selbst die ordentliche auf das Verbrechen gesetzte Strafe zur Anwendung kommen kann [8]).

§. 2.

Die Grundsätze, die das canonische Recht aufstellt, lassen sich mit dem römischen sehr wohl vereinigen, ohne daß man mit den Rechtsgelehrten nöthig hätte, eine in zweifel-

---

Kind von fünf Jahren, welches beständig Blasphemien ausstieß, aus den Armen seiner Eltern, von wem erräth man, geholt ward. Die Alten zogen daraus den Schluß, daß schon in diesem Alter eine Art von Zurechnung Statt finden müsse, und dieser Schluß — war nach allen den Vordersätzen, die man leicht hinzudenken kann, so übel nicht. Die Lehre des römischen Rechts schien dadurch sehr in's Gedränge zu gerathen und es wäre beinahe dahin gekommen, daß ein wichtiger Rechtssatz durch Dazwischenkunft des — über den Haufen gefallen wäre. Allein bei näherer Erkundigung ergab sich, daß die Hinwegführung des Kindes zur Strafe der Eltern mehr, als des Kindes, geschehen sey, weil jene unterlassen hatten, das Kind zu züchtigen, und so blieb das römische Recht um so mehr bei Ehren, als man zugleich auch erwog, daß ein so höchst seltener Fall zu keinen Folgerungen Veranlassung geben könne. *Farinacius* qu. 92. nr. 48. sq. *Carpzov* pr. rer. crim. p. 3. qu. 43. nr. 13. 14. — Die guten Alten sind in solchen Fällen den Wahnsinnigen zu vergleichen, die auch immer richtig schließen, wenn man ihnen die Vordersätze zugibt, von denen sie in ihrem Wahn ausgehen.

[7]) L. 108. D. de reg. jur.

[8]) L. 14. D. de Senatuscons. Silan.

haften Fällen bekanntlich nicht anzunehmende Veränderung des römischen zu statuiren. Es erhellet daraus, daß auch Knaben bestraft werden können, wenn sie auch nicht vierzehn Jahre alt sind; sie sind nur nicht so strenge, wie Erwachsene, zu bestrafen [1]). Unter den Knaben sind, wie es mir scheint, solche Unmündige gemeint, die dem vierzehnten Jahr nahe sind. Theils erhellet dieß daraus, daß das canonische Recht nur von pueris *grandiusculis* spricht, theils aber geht es aus dem nächstfolgenden Capitel hervor, worin eine Tödtung, die ein zehnjähriger Knabe begangen hatte, als straflos und dabei als Regel aufgestellt wird, die Vergehungen der Unmündigen müßten den Gesetzen zufolge ungerächt bleiben.

§. 3.

Mit dem römischen Recht stimmt die Carolina theils überein, theils weicht sie davon ab [1]). Junge Diebe können danach selbst am Leben bestraft werden, wenn sie dem Alter von vierzehn Jahren nahe sind und der Diebstahl groß oder unter so beschwerlichen Umständen begangen ist, daß die Bosheit des Diebes das Alter erfüllt, d. h. ergänzt, was ihm an Jahren fehlt. Hierin stimmt die Carolina mit dem römischen Recht überein, wonach gegen pubertati proximos nicht nur Strafe Statt findet, sondern nach Umständen selbst die ordentliche dem Verbrecher gedrohte Strafe Statt finden kann. Die Carolina drückt die Bestimmungen des römischen Rechts hier nur mit anderen Worten aus. Selbst das Erfüllen des Alters durch die Bosheit ist aus dem

---

[1]) cap. 1. X. de delictis puerorum.

[1]) Art. 164.

römischen Recht entlehnt, wenn es gleich auf eine dem Sinn des römischen Rechts fremde Art angewandt wird. Der Minderjährige, der sich für einen Volljährigen ausgegeben hat, kann keine Ansprache machen auf restitutio; er, der in dolo ist, ist keiner Wohlthat würdig; das Gesetz kommt betrogenen Minderjährigen zu Hülfe, nicht betrügenden. Dieß wird nun dießmal mit einem nicht hölzernen Ausdruck durch *malitia aetatem supplet* ausgedrückt [2]). Was nun aber junge Diebe betrifft, die dem vierzehnten Jahr noch nicht nahe sind, diese läßt die Carolina nicht, wie das römische Recht, ganz straflos; sie sollen nur gelinder, als ältere, und zwar am Leibe, bestraft werden. Die Carolina hebt gleich damit an, daß sie die Regel aufstellt, der Dieb und die Diebin unter vierzehn Jahren müssen am Leibe bestraft werden (Sie unterscheidet also bei der Unmündigkeit nicht die Geschlechter [3]). Sodann handelt sie von Unmündigen, die dem Alter von vierzehn Jahren nahe sind, und was sie in Ansehung deren verordnet, ist als Ausnahme von der eben erwähnten Regel anzusehen. Denn diese können selbst mit dem Tode, als der höchsten Strafe des Diebstahls, bestraft werden, während der Regel

---

[2]) L. 3. C. Si minor se maj.

[3]) Und die Rechtsgelehrten loben sie darum und führen für das Hinwegfallen des Unterschiedes verschiedene Gründe an, nämlich, daß es nicht erlaubt sey, in Straffachen das schwächere Geschlecht härter zu behandeln, als das stärkere, und besonders, daß Weiber, wenn sie auch früher reifen, den Männern an Stärke des Verstandes doch immer nachstehen. So bemerkt Stryck (*de poenis infantium cap.* 1. *nr.* 36.): Denique concedendum foret, foeminam citius masculo ad deliberatum animi judicium pervenire: ubi e contrario etiam perfectae aetatis mulier semper imbecillioris ingenii reputatur, quam vir. Und so verhält es sich auch.

nach Unmündige nur am Leibe zu bestrafen sind. Die Todesstrafe, wenn sie überhaupt noch Statt finden soll, sollte wenigstens gegen Unmündige nicht angewandt werden, auch wenn sie schon der Mündigkeit nahe sind; aber den Grundsatz, daß Unmündige überhaupt, wenn sie ein Verbrechen begehen, zu bestrafen sind, ist eine Verbesserung des römischen Rechts, die vielleicht von einer, wie ich glaube, irrigen Auslegung des canonischen herrührt. Die Carolina spricht zwar den Worten nach nur von jungen Dieben, aber es läßt sich nicht glauben, daß nur Diebe unter vierzehn Jahren bestraft, und Andere, die irgend ein anderes Verbrechen begangen haben, vielleicht gar ein schwereres, straflos bleiben, daß z. B. junge Diebe Strafe leiden, und junge Mörder, Brandstifter verschont werden sollten.

§. 4.

Den Rechtsgelehrten zufolge findet bei Unmündigen, die dem Alter der Mündigkeit nicht nahe sind, zwar keine Strafe, wohl aber eine Züchtigung Statt, die man den Eltern, Vormündern, Lehrern überläßt, die aber nach Bewandniß der Umstände, nämlich wenn ein schweres Verbrechen begangen ist, oder der Unmündige eine besondere Bosheit gezeigt hat, selbst an einem Kinde unter sieben Jahren, auch im Gericht durch den Gerichtsdiener vollzogen wird. Es soll dieß nicht Strafe seyn, sondern nur dazu dienen, daß der Unmündige sich z. B. an das Stehlen nicht gewöhne [1]).

---

[1]) *Stryck* usus modernus Pand. tit. de priv. del. §. 10. *Carpzov* practica rer. crim. P. 3. qu. 143. *Schulz* de delictis puerorum cap. 3. §. 4. sq. Westphal Criminalrecht Anm. 11. §. 1. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts §. 50. 51.

§. 5.

Die Bestimmungen der fremden Gesetze über das zur Strafbarkeit erforderliche Alter lassen vieles, ja alles zu wünschen übrig. Die Grenzlinie, welche, durch das Alter gezogen, die Zeit der Straflosigkeit von derjenigen der möglichen Strafbarkeit scheidet, ist für die eine Periode zu enge und für die andere zu weit; denn für die Anwendung der vollen gesetzlichen Strafe scheint das Alter der Mündigkeit nicht Alter genug, um alle Strafe der Regel nach auszuschließen, die Unmündigkeit, mit Ausschluß der Jahre der Kindheit, nicht Jugend genug zu seyn; und jene Grenzlinie steht nicht einmal fest, sondern wird durch den Zusatz, daß auch schon bei pubertati proximis Zurechnung Statt finde, wankend gemacht; dabei hält das Gesetz sich bloß an das Allgemeine und nimmt keine Rücksicht auf den vorliegenden Fall und auf das Individuum.

Die Vorwürfe, die man hiernach dem römischen Recht machen kann, würden zum Theil verschwinden, wenn die Lehre der Rechtsgelehrten über den Unterschied zwischen infantiae und pubertati proximis so gegründet wäre, als sie falsch ist. Die zu lange Dauer des Zeitraums, während dessen nach römischem Recht keine Zurechnung Statt findet, die Unmündigkeit, würde freilich sehr abgekürzt und die Straflosigkeit in bestimmte Grenzen eingeschlossen, wenn es erlaubt wäre, die Zeit von der Mündigkeit bis zur Kindheit in zwei gleiche Hälften zu theilen und die eine zur Mündigkeit, die andere zur Kindheit zu rechnen; allein von dieser Eintheilung, welche die gemeine Meinung in Schutz nimmt [1]), weiß

[1]) S. *Stryck* diss. de poenis impub. cap. 4. nr. 16. sq.

das römische Recht nichts. — Es ist fast Schade darum; denn jene Unterscheidung ist eine Verbesserung des römischen Rechts, wenn auch nur eine zufällige. (Und dieser Fall tritt nicht ganz selten ein, da nämlich das Eine echt römisch ist, von dem Anderen, was durch irrige Auslegung dafür ausgegeben wird, möchte man wünschen, daß es echt wäre.) Ich möchte sogar glauben, daß man hier durch Zufall, indem man den Zeitraum von der Kindheit bis zur Mündigkeit in der Mitte durchschnitt, als sey dieß dem römischen Recht gemäß, während die Carolina durch die Art, wie sie sich über die junge Diebin ausdrückte, zu der Annahme berechtigte, daß in Strafsachen in Hinsicht auf Mündigkeit zwischen den Geschlechtern kein Unterschied Statt finden solle, gerade den rechten Punct getroffen habe. — Wäre eine solche Unterscheidung dem römischen Rechtssystem gemäß, so würden die Römer sie schon selbst gemacht, ja gar nicht von Unmündigen geredet haben, wenn sie Knaben unter $10\frac{1}{2}$ und Mädchen unter $9\frac{1}{2}$ Jahren für straflos erklären wollten [2]).

In dem Alter eines Unmündigen liegt der triftigste Grund, die Strafe herabzusetzen, nicht aber, sie völlig auszuschließen. Die Unmündigkeit ist, gleich der Minderjährigkeit, nur in einem höheren Grade, als diese, ein Milderungsgrund; sie ist ein sehr erheblicher Milderungsgrund, vielleicht von allen der erheblichste, der immer um so mehr in Betrachtung kommen muß, je mehr sich der Unmündige dem frühen Alter der Kindheit nähert, wo das

---

[2]) Was es mit dem Unterschiede zwischen infantiae und pubertati proximis eigentlich für eine Bewandniß habe, darüber habe ich mich schon früher erklärt. S. den zweiten Theil der Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien S. 29. u. folg.

Leben ein Traum ist und alle Zurechnung aufhört. Was bei einem Erwachsenen ein Verbrechen seyn würde, sinkt durch das unmündige Alter zu einem Vergehen herab. Aber Strafe muß seyn; mit einer völligen Straflosigkeit der Unmünd'gen kann die Sicherheit der Gesellschaft nicht bestehen. Unmöglich können Eigenthum, Gesundheit, Leben der Menschen dem Muthwillen oder der Bosheit der Buben Preis gegeben werden. Strafen sind hier noch nöthiger, als bei Erwachsenen; denn warum unterlassen wohl Kinder und überhaupt Menschen, die nicht gebildet sind, und in denen das Thier vorherrscht, Handlungen, zu denen die Neigung sie treibt, wenn die Furcht vor der Strafe sie nicht zurückhält? Wollte man Unmündige nicht strafen, so würde man sie — einsperren müssen. Denn auf irgend eine Art würde der Staat doch Sorge tragen müssen, die Gesellschaft gegen den Unfug sicher zu stellen, womit sie von dieser Seite bedroht wird. Unmündige müssen eben so wohl bestraft werden, wie Erwachsene, man muß sie nur nicht mit ihnen auf gleichem Fuß behandeln. Beide sind einander nicht gleich, da jene in einem unentwickelten und unvollkommenen Zustande sich befinden, diese nicht; daher sind beide unter gleichen Umständen nicht in gleichem Grade verschuldet; auch trifft dieselbe Strafe beide mit verschiedener Stärke. Was Unmündigen hauptsächlich zu Statten kommt, ist die Schwäche des Verstandes, der ihre Handlungen leiten, und des Leibes, der die Strafe erdulden soll. Das Letztere kann nur nebenher und nur in so fern in Betrachtung kommen, als der Unmündige gleich jetzt bestraft werden soll; da er mit den Jahren stärker wird, würde diese Rücksicht in der Folge wegfallen. Die Annahme des römischen Rechts, daß der Unmündige des dolus nicht fähig sey, er müßte denn pubertati proximus

seyn, steht mit der Erfahrung in Widerspruch. Eine besondere Bösartigkeit der Gesinnung, ein hoher Grad von Bosheit ist zum dolus nicht erforderlich. Aber um Recht vom Unrecht zu unterscheiden, um zu wissen, daß es nicht erlaubt sey, zu stehlen, zu tödten, Häuser in Brand zu setzen u. s. w., braucht man nicht mündig oder der Mündigkeit nahe zu seyn; das Erwachen aus dem Traum, worin den Unmündigen die Kindheit befangen hielt, findet schon früher Statt und das Bewußtseyn des Unrechts und der Strafbarkeit wartet nicht auf die Fähigkeit, das Geschlecht fortzupflanzen. Unmündige wissen nicht nur Recht und Unrecht, sondern auch das kleinere von dem größeren und, in so fern man zwischen beiden keinen Unterschied von Graden zulassen will, das minder strafbare Verbrechen von dem mehr strafbaren zu unterscheiden. Aber es fehlt ihnen an Einsicht; sie sehen die entfernteren Folgen ihrer Handlungen nicht und vielleicht selbst die nächsten nicht, oder sie denken nicht daran; ohne Reife des Verstandes unterliegen sie, von der Begierde fortgerissen, der Gewalt des sinnlichen Reizes leichter, als Erwachsene. Es kommt hier indessen auf das Alter und was im Allgemeinen in diesem Alter zu seyn pflegt, allein nicht an, sondern hauptsächlich kommt oder sollte doch der besondere Fall und das Individuum in Betrachtung kommen [3]). Es kommt also darauf an, ob in diesem Fall bei diesem Unmündigen das Bewußtseyn des Unrechts und in welchem Grade es vorhanden, wie weit er durch seine That verschuldet sey.

---

[3]) Dieß lehren auch *Schulz* de delictis puerorum cap. 1. §. 10. und Kleinschrod in seiner systematischen Entwickelung des peinl. Rechts, der übrigens bei Unmündigen die halbe Zurechnung zuläßt.

Ob der Unmündige mit dem Bewußtseyn des Unrechts gehandelt hat, dieß wird am Besten aus der Beschaffenheit der Handlung, ob sie öffentlich oder heimlich begangen ward, ob der Unmündige gegen Entdeckung oder nachtheilige Folgen sich zu sichern gesucht, überhaupt aus dem Betragen des Unmündigen bei der Handlung, vor und nach derselben hervorgehen.

Von schweren Strafen kann bei Unmündigen nicht die Rede seyn — und selbst bei solchen, die pubertati proximi sind, sollte nicht die Rede davon seyn — aber doch von einer durch die Obrigkeit zu verhängenden, der Willkühr der Eltern, Erzieher u. s. w. nicht zu überlassenden Strafe, die nicht Züchtigung ist, aber eine gewöhnliche in diesem Alter gebräuchliche Züchtigung nicht überschreitet und nach der Größe des Vergehens und der Verschuldung abzumessen, dem Alter und der Leibesbeschaffenheit des Kindes gemäß einzurichten ist. Die gesetzliche Strafe wird hier selten oder nie, auch nicht einmal in einem verjüngten Maßstabe, Statt finden können, wohl aber eine Strafe überhaupt, die für den kleinen Uebelthäter auch nur eine kleine seyn kann. Zu züchtigen hat die Obrigkeit kein Recht, wohl aber zu strafen; sie hat auch kein Recht, die Eltern zu zwingen, zu züchtigen oder zu strafen, oder gar, wie zu Hommels Zeiten, die Schulmeister des Orts mit der Vollziehung einer dem Unmündigen zuerkannten Strafe zu beauftragen, wofür diese sich auch gegenwärtig bedanken würden; sie selbst muß strafen und könnte höchstens den Eltern erlauben, wenn sie darum ansuchten, die Strafe zu vollziehen. Das von dem Unmündigen übertretene Gesetz muß an dem Unmündigen — wenn gleich mit aller Milde

und Schonung, die dem Alter und dem Zustande des Unmündigen gebührt — von der Obrigkeit gerächt werden. Sie darf strafen, nicht um diesen jungen Verbrecher zu bessern, sondern um das Ansehen des Gesetzes aufrecht zu erhalten, um zu zeigen, daß es von Niemanden ungestraft übertreten werden darf, daß kein Alter (außer dem der eigentlichen Kindheit) gegen die Strafe schützt. Das Recht, den Unmündigen zu strafen, um ihn zu bessern, mit einem Wort, ihn zu züchtigen, steht nur den Eltern zu, denen die Erziehung zusteht, und kann noch neben dem Strafrecht der Obrigkeit ausgeübt werden. Wollte die Obrigkeit züchtigen, so würde sie sich einen Eingriff in das Recht der Eltern erlauben; hingegen ein Recht zu strafen, was ihr nach römischem Recht in diesem Fall nicht zustehen würde, kann der Rechtsgelehrte, gestützt auf die peinliche Gerichtsordnung, wenn nicht auch auf das canonische Recht, ihr beilegen; denn jene ertheilt ja der Obrigkeit die Macht, z. B. junge Diebe, die noch nicht mündig, auch nicht der Mündigkeit nahe sind, am Leibe zu strafen, wobei sie zwischen den Geschlechtern nicht unterscheidet, sondern bei beiden die ersten vierzehn Jahre zur Unmündigkeit rechnet.

Da das römische Recht die Unmündigen einmal für solche erklärt hat, die des dolus nicht fähig sind, und keine Zurechnung bei ihnen Statt findet, vielmehr der Zeitraum von der Geburt bis zur Mündigkeit, wenn ich so sagen darf, der Jugend frei gegeben ist, so müßte in Ländern, die in Strafsachen nach römischem Recht leben, dem nachgegangen werden und der Unmündige, der ein Verbrechen beging, könnte dafür nicht bestraft werden, sollte er auch den allerbösesten Willen gezeigt haben; allein die Sanctionen der Ca=

rolina berechtigen uns, eine Strafe, wenn gleich nicht die ordentliche des Verbrechens, hier anzuwenden. Eine That, die am Erwachsenen bestraft seyn würde, und zwar so oder anders, je nachdem er sie mit bösem Vorsatz oder aus Unvorsichtigkeit beging u. s. w., muß auch hier so oder anders bestraft werden, nur daß die unmündige Jugend sehr viel milder behandelt werden muß, als das reifere Alter. Sie muß es selbst dann, wenn das Vergehen nicht sogleich, vielleicht nicht einmal in der Mündigkeit, sondern erst später bekannt und folglich auch erst dann bestraft wird. Denn auch in späterer Zeit würde der Richter sich erinnern müssen, daß es ein Unmündiger war, der das Verbrechen beging, und seine Strafbarkeit würde überhaupt ganz nach dem Zeitpunct, da er das Verbrechen beging, abgemessen werden müssen, nach der Regel, die das römische Recht aufstellt: In poenis irrogandis tempus delicti spectandum, non sententiae [4]). Von einer bloßen Züchtigung würde nicht weiter die Rede seyn können, nachdem der Unmündige der Zucht entwachsen ist.

Bei Kindern unter sieben Jahren kann von Zurechnung nicht, und folglich auch nicht von einer durch die Obrigkeit dem Kinde zuzufügenden Strafe die Rede seyn. Die Alten, die hier eine Züchtigung durch die Obrigkeit zulassen, konnten freilich unter diesem Vorwande leichter dazu gelangen, das Kind schon in einem so frühen Alter zu strafen. Um einem Bedürfniß abzuhelfen, wofür, wenigstens nach ihrer Meinung, die Gesetzgebung nicht gehörig gesorgt hatte,

---

[4]) L. 1. pr. D. de poenis. *Brunnemann* ad h. l. *Schulz* de delictis puerorum cap. 3. §. 3.

legten sie der Obrigkeit, statt des Strafrechts, ein Recht zu züchtigen bei und in Folge dessen züchtigten oder vielmehr straften sie auch da, wo gar keine Verschuldung vorhanden war, ziemlicher Maßen, oder vielmehr unziemlicher Maßen, und machten sich auf diese Art selbst strafbar.

VI.

Zusätze
zu früheren Abhandlungen.

---

1) Zur *cura prodigi.*

(S. den ersten Theil S. 45. folg.)

a) Finden gegen den Verschwender schon während der gerichtlichen Untersuchung Maßregeln Statt, die auf Sicherstellung des Vermögens gegen Verringerung berechnet sind?

Gönner [1]) bejaht diese Frage. Allein von Rechtswegen können, nach meinem Ermessen, Maßregeln dieser Art nicht Statt finden, sie müßten denn, wie im preußischen Landrecht [2]), durch ein besonderes Gesetz eingeführt seyn.

Gönner führt keine Gründe an; er leitet also die Zulässigkeit jener Maßregeln aus der allgemeinen Zulässigkeit provisorischer her.

Dieser Fall hat aber seine eigene Natur; es handelt sich hier nicht um Erhaltung schon jetzt vorhandener oder als schon jetzt vorhanden in Ansprache genommener Rechte, sondern um eine Maßregeln, die zunächst zum Besten des-

---

[1]) im Handbuch des Processes Theil 4. S. 362. folg.

[2]) Theil 1. Tit. 38. §. 21. der preuß. Gerichtsordnung.

jenigen, gegen den der Antrag gerichtet ist, erst jetzt durch den Richter ergriffen werden soll und nur nach der allerstrengsten durch den Richter angestellten Untersuchung Statt finden kann. Derjenige, gegen den der Antrag gerichtet wird, wie sehr dieser Antrag und die Beschuldigung der Verschwendung gegründet seyn mögen, ist zur Zeit in sensu juris kein Verschwender; er soll erst durch den Richter dazu gemacht werden, und, so lange dieß nicht geschehen ist, kann er auch nicht einstweilen als Verschwender behandelt werden. Dieß würde geschehen, wenn man schon während des Processes Maßregeln gegen ihn ergriffe, wodurch er an der freien Verwaltung seines Vermögens auch nur zum Theil gehindert würde.

Der bloße Umstand, daß Jemand eine verschwenderische Lebensart führt, hat auf sein Rechtsverhältniß nicht den geringsten Einfluß. Es ist ein großer Unterschied zwischen dem Verschwender und dem erklärten Verschwender, zwischen dem *prodigus* und demjenigen, *cui* (*ob prodigentiam*) [3]) *bonis interdictum est.* Das Gesetz entzieht dem Verschwender die Fähigkeit, über sein Vermögen zu verfügen, nur durch Dazwischenkunft des Richters, von dem Augenblick an, da dieser ihn für einen Verschwender erklärt und unter Curatel gesetzt hat.

Während des Processes behält er freie Gewalt über sein Vermögen. Wenigstens das römische Recht berechtigt zu keinen Maßregeln, wodurch der Verschwender schon während der gerichtlichen Untersuchung an der Verwaltung sei-

---

[3]) *Prodigalitas* ist schwerlich ein echtes lateinisches Wort, es klingt wenigstens sehr verdächtig; ich habe es daher lieber nicht brauchen wollen, so gewöhnlich es den Rechtsgelehrten sonst auch ist.

nes Vermögens gehindert würde. Es schweigt davon. Mit welchem Recht sind wir befugt, sie hinzuzusetzen und sie dabei für solche auszugeben, die schon den Gesetzen gemäß sind? Es legt vielmehr demjenigen, was der Verschwender in Ansehung des Vermögens vorgenommen hat, ehe denn der Prätor ihm die Gewalt über sein Vermögen entzogen und ihn unter Curatel gesetzt hat, Gültigkeit bei [4]). So kann z. B. derjenige, cui bonis interdictum est, kein Testament machen, und folglich auch nicht Zeuge seyn beim Testament, was ein Anderer macht, aber was ein solcher vorher, zu einer Zeit gemacht hat, da er ein bloßer prodigus war, das gilt [5]). Den Verschwender schon während des Processes an Dispositionen über sein Vermögen hindern, weil es möglich ist, daß der Ausgang zu seinem Nachtheil gereicht, dazu gibt es keinen rechtlichen Grund; das heißt, eine verhaßte Maßregel weiter ausdehnen, als das Gesetz gewollt hat. Für den Verschwender spricht die Regel, die das römische Recht in einzelnen Bestimmungen, z. B. bei der novi operis nunciatio, imgleichen bei der restitutio in integrum [6]), das canonische Recht aber als eine allgemein gültige aufgestellt hat, daß bis zur ausgemachten Sache Alles beim Alten bleiben müsse (pendente lite nihil innovandum). Selbst wirkliches Verschwenden kann dem Verschwender eben so wenig pendente lite, wie vorher, gewehrt werden, und noch weniger können ihm alle Verfügungen über sein Vermögen gewehrt werden, bloß weil es möglich ist, daß sie

---

4) L. 10. pr. D. de curat. fur. dand. L. 40. D. de reg. jur. L. 6. de verb. obl. L. 3. D. de novat.

5) §. 2. J. Quibus non est perm. facere testam. L. 18. pr. D. Qui testam. fac. poss.

6) Cod. Lib. II. tit. 50.

Verschwendung enthalten. Dann geschieht ja schon während des Processes, was nach den Gesetzen erst beim Ausgang des Processes geschehen soll, wenn nämlich dieser überhaupt zum Nachtheil des der Verschwendung Beschuldigten ausfällt. Können provisorische Maßregeln, selbst wo sie zulässig sind, sich so weit erstrecken?

Man möchte einwenden, es sey möglich, daß der Verschwender noch während des Processes sein ganzes Vermögen durchbringe und dann — würde der Zweck des Antrags nicht erreicht werden; dieß zu verhüten, müßten Maßregeln zur Sicherstellung des Vermögens schon während des Processes ergriffen werden. Ich könnte erwiedern, der Zweck des gerichtlichen Verfahrens würde auch dann nicht ganz verfehlt werden; der Beschuldigte könnte noch immer für einen Verschwender erklärt werden, wenn er auch in diesem Augenblick kein Vermögen besäße, was er durchbringen könnte. Allein man möchte mir weiter einwenden, dieß sey nur der nächste Zweck, der entferntere sey, ihn gegen Verarmung zu schützen. Dieß wäre höchstens ein Grund für den Gesetzgeber gewesen, schützende Maßregeln dagegen schon während des Processes zu ergreifen. Allein die bloße Möglichkeit, daß der Verschwender schon während des Processes verarmen könne, kann überhaupt gar nicht in Betrachtung kommen, eben so wenig, als die Möglichkeit, daß er schon während des Processes sterben könne, in welchem Fall der Zweck der gerichtlichen Untersuchung gewiß und ganz und gar verfehlt wird.

Die von Gönner erwähnten Maßregeln, wodurch der Verminderung des Vermögens während des Processes vorgebeugt werden soll, sind diejenigen, die im preußischen Landrecht vorgeschrieben sind. Sie enthalten, nach meinem Ermessen,

zu viel und doch auch wieder nicht genug; zu viel, weil sie einen Eingriff in die freie Gewalt über das Vermögen mit sich führen, nicht genug, weil der vorgesetzte Zweck dadurch nicht erreicht wird; ja, sie haben zum Theil gar keinen Nutzen, können wohl gar schaden.

Dieß wird sich bestätigen, wenn wir sie einzeln betrachten.

1) Es soll die Veräußerung und Verpfändung von Grundstücken durch Vermerkung einer Protestation im Hypothekenbuch gehindert werden. Ist es denn eine Aeußerung der Verschwendung, wenn man Grundstücke veräußert oder verpfändet? Wird dem Verschwender nicht dadurch eben so gut die Gelegenheit entzogen, sein Vermögen zu vermehren, als es zu vermindern?

2) Wegen ausstehender Capitalien können Inhibitionen an die Schuldner erlassen werden. Wie aber, wenn der angebliche Verschwender das Geld höchst nöthig gebraucht, um dringende Schulden zu tilgen, es demjenigen hinzugeben, dem er ein Darlehn versprochen hat, einen vortheilhaften Handel zu schließen? Und wer entschädigt den angeblichen Verschwender, wenn die Schuldner immittelst unfähig werden, zu zahlen?

3) Juwelen, Kostbarkeiten, Staatsobligationen können in gerichtliche Verwahrung genommen werden. Dem Verschwender diese Sachen nehmen, um sie einstweilen bei Gericht in Verwahrung zu legen, heißt immer, denjenigen wie einen Verschwender behandeln, der zur Zeit bloß der Verschwendung beschuldigt wird. Wenn man ihm seine Kostbarkeiten, Juwelen u. s. w. nimmt, so nimmt man ihm dadurch zugleich die Gelegenheit, diese Sachen zu gebrauchen, mit den Staatsobligationen Schulden zu tilgen, sie mit Vortheil zu verkaufen u. s. w.

Möglich ist es indessen, daß er diese Sachen durchbringt, möglich, daß er die Juwelen an eine Freundin verschenkt, die Perlen aufgelöst in einem Glase Wein austrinkt, mit den Staatsschuldscheinen die Pfeife anzündet — aber dergleichen bloße Möglichkeiten können so harte Maßregeln nicht rechtfertigen. Endlich:

4) in einzelnen Fällen können diejenigen, von denen bekannt wird, daß sie mit ihm in Contracte sich einlassen wollen, wegen der wider ihn schwebenden, auf Prodigalitätserklärung gerichteten Untersuchung gewarnt werden. Abgesehen davon, daß es zu dem Amte desjenigen, welcher Recht sprechen soll, nicht zu gehören scheint, vor Handlungen zu warnen, wodurch man Schaden leiden kann, sehe ich nicht, welche Gefahr von Rechtswegen damit verbunden ist, mit Jemanden einen Contract zu schließen, welcher der Verschwendung beschuldigt wird. Gesetzt, das Ergebniß der Untersuchung fällt gegen den angeblichen Verschwender aus, er wird für einen Verschwender erklärt und unter Curatel gesetzt, so kann diese Maßregel doch keine rückwärts wirkende Kraft haben; die Geschäfte, die er vor diesem Zeitpunkt geschlossen hat, sind und bleiben gültig. Mit welchem Recht könnte also der Richter gegen die Eingehung solcher Geschäfte warnen? Man möchte hiernach auf den Gedanken gerathen, als wenn die Verfasser der hierher gehörigen Stellen des A. L. R. sich die Sache so vorgestellt haben, als mache der Fehler, ein Verschwender zu seyn, Jemanden unfähig, sein Vermögen zu verwalten, und es komme hier bloß darauf an, daß dieser Fehler durch den Richter ausgemittelt und im Urtheil als vorhanden anerkannt werde; aber, wenigstens nach römischem Recht, muß man sich die Sache so nicht

vorstellen, sondern jener Fehler — wenn man ihn so nennen darf — kann bloß den Richter berechtigen, den als Verschwender Erkannten der Verwaltung seines Vermögens zu entsetzen. (Auch wird jene Vermuthung durch das preußische Landrecht nicht bestätigt, 1. Theil Tit. 5. §. 15., die vorgeschriebene Warnung aber erklärbar durch §. 16.) Wenn ich nun aber jene Warnung in Hinsicht auf den Verschwender betrachte, so erscheint sie nicht nur unnütz, sondern sogar schädlich. Es kann sich dem Verschwender die Gelegenheit darbieten, sein Vermögen durch einen vortheilhaften Contract zu vermehren, soll der Richter, der gegen Eingehung von Contracten warnen soll, ihm diese Gelegenheit entziehen dürfen? Und selbst, wenn das Geschäft von der Art ist, daß es dem angeblichen Verschwender zum Nachtheil gereicht, ist es deshalb eine Aeußerung von Verschwendung? Dieß ließe sich möchlicherweise nur dann behaupten, wenn Jemand ohne Vergeltung, oder, zwar gegen eine Vergeltung, doch gegen eine, die dem Werth der Sache nicht angemessen ist, und von der er dieß auch weiß, etwas von seinem Vermögen aufopferte, kurz, wenn er schenkte oder wissentlich Sachen unter ihrem wahren Werth verkaufte oder Sachen, die er kaufte, über ihren wahren Werth bezahlte. Nur in den seltensten Fällen enthält ein Geschäft wirkliche Verschwendung, nur in den seltensten Fällen kann es sie enthalten. Wie viel fehlt nun nicht daran, daß von einem jeden Geschäft, was ein angeblicher Verschwender eingeht, zu besorgen seyn sollte, es liege Verschwendung darin verborgen? Es kann sogar Habsucht dabei zum Grunde liegen. Man kann wenigstens ein großer Verschwender seyn und doch auch gern erwerben. Freigebige Leute sehen es recht gern, wenn ihr

Vermögen wächst, ja sie sind oft sehr danach aus, ihre Einnahme zu vermehren, damit sie nur recht viel wegzugeben haben.

Sollen ja Maßregeln gegen den Verschwender ergriffen werden, wodurch schon während des Processes möglicher Verringerung des Vermögens durch Verschwendung vorgebeugt wird, so würde ein einfaches Gebot des Richters an den Verschwender, sich einstweilen aller Geschäfte, die das Vermögen betreffen, ohne Erlaubniß des Gerichts zu enthalten, besser seyn, als alles Andere.

b) Wirksamkeit der Prodigalitätserklärung außerhalb Landes.

Die angeordnete cura prodigi muß öffentlich bekannt gemacht werden und ist, unter der Voraussetzung, daß dieses geschehen, selbst im Auslande von denjenigen, zu deren Kenntniß sie gekommen, zu berücksichtigen, wiewohl dieß doch nicht außer Streit ist [7]. Zwar, wenn man sie in Hinsicht auf den Verschwender als Verbot betrachten und bloß an den Ausdrücken, deren das römische Recht sich hier bedient, als welches von demjenigen spricht, cui bonis interdictum est, — kleben wollte, könnte die Kraft eines solchen Verbots sich nicht in das Ausland, ja selbst nicht über den Gerichtssprengel verbreiten; allein hier ist von demjenigen die Rede, was die Person und die Fähigkeit zu rechtlichen Geschäften angeht, und dieses ist, wie alles, was den status betrifft, als etwas der Person Anklebendes anzusehen, was sie überall hin begleitet und folglich auch im Auslande sie nicht verläßt.

---

[7]) *Voet* ad tit. Dig. de cur. fur. dand. §. 11.

Aber ich setze voraus, daß der für einen Verschwender Erklärte Bürger des Staats geblieben ist, der ihn für einen Verschwender erklärt hat. Wenn er aber seit dem ausgewandert ist — und ich sehe nicht, was ihn daran hindern sollte — so ist er der Gewalt des Staats, dem er bisher angehörte, entzogen, folglich können auch die Gesetze und Anordnungen desselben, in Ansehung seiner, keine Kraft weiter haben. Es könnte nur etwa als ausgemacht angenommen werden, daß er ein Verschwender sey, und wenn in dem neuen Staat ebenfalls eine cura prodigi eingeführt wäre, dieser sich dadurch veranlaßt sehen, ohne Weiteres eine solche über ihn zu verhängen, aber weiter könnte es nicht gehen. Gesetzt, er wanderte schon während des Processes aus — und ich sehe abermals nicht, was ihn daran hindern sollte — so könnte gar keine cura über ihn angeordnet werden; es würde mit dem Zweck auch das Mittel hinwegfallen und die angefangene Untersuchung eingestellt werden müssen.

Ich habe mich schon einmal gegen die cura prodigi erklärt. Einen freien Menschen der Gewalt über sein Vermögen berauben, ihn als einen Unmündigen behandeln, ihn unter Curatel setzen und ihn dadurch vielleicht bis in das tiefste Leben verwunden, welch' eine harte, entsetzliche Maßregel, zumal mit allen den bei uns nicht einmal passenden Folgen, die nach römischem Recht damit verknüpft sind, da der für einen Verschwender Erklärte nicht einmal ein Testament machen kann, er als ein solcher behandelt wird, der keinen Willen hat [8]), es ihm an der persona standi in

[8]) L. 40. D. de reg. jur. Gleichwohl kann er etwas erwerben — L. 6. D. de verb. obl. — überhaupt seine Lage verbessern, z. B. durch

judicio fehlt [9]), er selbst nicht einmal zum procurator für einen Anderen vor Gericht bestellt werden kann u. s. w. Möchte doch die preußische Regierung, die den Beruf hat, durch ihre Staatseinrichtungen und Gesetze dem übrigen Deutschland als Muster vorzuleuchten, sich die Ehre nicht nehmen lassen, durch Abschaffung der cura prodigi auch in diesem Stück mit gutem Beispiel voranzugehen!

Novation; L. 3. D. de novat. S. den ersten Theil S. 52.

[9]) L. 1. D. de cur. fur. dand.

2) Noch etwas über die Vermuthung des Todes der Verschollenen.

(S. den ersten Theil S. 338. folg.)

Um da wieder anzufangen, wo ich aufgehört habe, so habe ich die vorige Abhandlung damit geschlossen, daß ich sagte: Von dem Augenblick der Todeserklärung ist dann auch der Tod des Verschollenen zu datiren; der Richter, kann man sagen, sey es, der ihn durch seinen Ausspruch tödtet — es sey denn, daß von ihm, der jetzt *civiliter mortuus* ist, erwiesen wird, er sey schon früher gestorben — und nach der Regel: *viventis non est hereditas* succediren ihm diejenigen Verwandten, die ihm jetzt die nächsten sind.

Dieß habe ich gesagt und bleibe dabei. Die Gründe, die auf das erwähnte Resultat führen, habe ich zwar schon früher angegeben, so daß ich mich begnügen könnte, auf die bloßen priora zum Urtheil zu beschließen; indessen, um der Schwachen willen, kehre ich noch einmal zu dem alten Thema

zurück, um die Wahrheit desselben noch einleuchtender zu machen.

Nimmt man an, daß der Verschollene von dem Augenblick an als todt zu behandeln sey, da der Richter ihn für todt erklärt hat, so wird die ganze Sache sehr einfach, sie kommt dadurch in das rechte Gleis, wird mit den Rechtsregeln in Uebereinstimmung gebracht, alle Schwierigkeiten und alle Streitigkeiten verschwinden.

Ich habe schon früher erwähnt, daß es eine von den Gesetzen anerkannte Vermuthung des erfolgten Todes, namentlich eine, die mit dem Alter von 70 Jahren eintritt, nicht gibt; die Vermuthung, wovon hier die Rede ist, ist eine bloße einfache Vermuthung, eine s. g. *praesumtio hominis.* Daß auch die alten Rechtsgelehrten, welche die Vermuthung auf die Bahn brachten, die Sache von dieser Seite angesehen haben, geht deutlich daraus hervor, daß sie eine Todeserklärung schon vor dem siebzigsten Jahr zuließen, wenn besondere Umstände den früher erfolgten Tod glaublich machen. Eine gesetzliche Vermuthung konnte keinem Wechsel unterworfen seyn; sie konnte nicht nach Willkühr geändert werden. Hingegen die bloße einfache, die von den Umständen an die Hand gegeben wird, mußte auch nach den Umständen eine verschiedene Gestalt annehmen. Es konnte auch an einer bloßen einfachen Vermuthung genug seyn; eine gesetzliche war in diesem Fall etwas Ueberflüssiges. Denn die Vermuthung allein, selbst wenn sie eine gesetzliche war, konnte hier doch nie ausreichen; sie konnte bloß zum Behuf eines gegen den Abwesenden einzuleitenden, auf Todeserklärung gerichteten Verfahrens benutzt werden und dazu war allenfalls auch schon eine einfache hinlänglich. Eine gesetzliche Vermuthung nimmt einen gewissen Satz einstweilen für

wahr an, bis das Gegentheil erwiesen ist. Sie kommt unter streitenden Theilen in Betrachtung bei der Frage, wem die Beweislast obliegt; sie befreit denjenigen, für den sie streitet, vom Beweise, der ihm ohne sie obgelegen haben würde, und wälzt die Last des Beweises auf den Gegner. Gegen den Abwesenden, der keine Gelegenheit hat, sich gegen Maßregeln, die ihm unbekannt sind, zu vertheidigen, könnte sie nicht in Betrachtung kommen, der Richter könnte wenigstens nie auf eine bloße Vermuthung dem nächsten Verwandten das Vermögen des Abwesenden zusprechen, und zwar um so weniger, da er nicht wissen kann, ob nicht der Abwesende bei seinem Leben sich selbst einen Erben ernannt und dadurch die nur in subsidium eintretende gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen hat. Der Richter, wenn er sich überhaupt in die Sache mischen dürfte, könnte höchstens durch eine provisorische Maßregel dem nächsten Erben das unter seinem Gerichtssprengel befindliche Vermögen einstweilen zuerkennen, müßte aber zuvor auf die Sicherheit des Abwesenden oder des besser berechtigten Erben — und auf seine eigene gegen Verantwortung — Bedacht nehmen; nur gegen eine genügende *cautio de restituendo* könnte das Vermögen des Abwesenden — der Nachlaß des Abwesenden kann man nicht sagen, weil man nicht weiß, daß er verstorben ist, wenn man es auch vermuthet — dem vermuthlichen Erben bis auf weiter überlassen werden.

Dem Zustande der Ungewißheit ein Ende zu machen, gibt es kein anderes Mittel, als was man in anderen Fällen, in welchen man sich nicht anders zu helfen weiß, auch anwendet und worauf man die nachtheiligsten Maßregeln baut, die Edictal-Citation desjenigen, an den eine Privatladung zu erlassen nicht möglich ist. Und dieß Mittel hat

man hier angewandt und wendet es noch täglich an. Gestützt auf die lange Dauer der Abwesenheit, den Mangel an Nachrichten, das hohe Alter des Abwesenden, ladet der Richter den Abwesenden, droht ihm, wenn er sich nicht melden würde, daß er ihn für todt erklären werde, und vollzieht seine Drohung, wenn er sich nicht meldet [1]). Ich sehe hier nichts, als die gewöhnlichen Bestandtheile eines Contumacialverfahrens: Befehl des Richters, Drohung von Strafen für den Fall des Ungehorsams und Ausführung dieser Drohung.

Die Maßregel des Richters, welcher den Abwesenden, nachdem die ihm gesetzte Frist verstrichen ist, für todt erklärt, ist ein gewöhnliches Contumacialdecret, mithin eine Art von anomalischem Strafurtheil; wie denn die Richter nicht nur in diesem Fall, sondern auch in anderen, wo ein Präclusivdecret zu erlassen ist, auch der Form nach ein Urtheil, eine s. g. sententia declaratoria, zu sprechen pflegen [2]).

---

[1]) Außer dem Abwesenden müssen billig, wenn der Richter sich in die Sache mengen soll, auch alle diejenigen geladen werden, die im Fall seines Todes auf seine Erbfolge Ansprüche zu machen haben.

[2]) *Schaumburg* princ. prax. jur. tom. 1. pag. 108. Der Ausdruck wird noch in anderer Bedeutung gebraucht. Man versteht nämlich ein Urtheil darunter, wodurch ein anderes erläutert wird. Uebrigens ist jeder Ausspruch, wodurch der Richter einen Streit entscheidet, jede sententia ist *declaratoria*. Der Richter erklärt dadurch nur, was in diesem Fall den Gesetzen gemäß ist; er schafft dadurch nichts, sondern erkennt etwas als schon vorhanden an; er bestellt z. B. keine Gerechtigkeit, sondern erklärt, daß sie nach den Gesetzen bestellt sey: L. 8. §. 4. D. Si serv. vind. Hier erklärt er, daß die Strafe verwirkt sey, daß der Abwesende wegen seines Ungehorsams nun als todt zu behandeln sey.

Von welcher Seite man auch dieß Urtheil ansehen mag, im Wesentlichen wird dadurch nichts geändert. Der Richter spricht in der Todeserklärung doch bloß die Folge des Ungehorsams aus und wenn er zugleich dem nächsten Verwandten das Vermögen zuspricht, ist das nur eine (sich von selbst ergebende) Folge der Todeserklärung; ja, auch diese Folge pflegt angedroht zu werden, gehört also schon an sich zu den Strafen des Ungehorsams [3]).

Wenn der Richter erklärt hat, daß er den Abwesenden, im Fall er sich binnen einer gewissen Frist nicht melden würde, für todt erklären werde, und der Richter, nachdem die Frist, von dem Abwesenden unbenutzt, verstrichen ist, ihn wirklich, mithin in Folge der jenen Nachtheil drohenden Ladung und seines Ausbleibens, für todt erklärt, so kann dieß vernünftigerweise keinen anderen Sinn haben, als er soll von jetzt an als todt betrachtet werden. Dieß war die angedrohte Strafe des Ungehorsams und Strafen des Ungehorsams können den Ungehorsamen erst nach dem Ungehorsam treffen, sie können ihn nicht schon vor dem Ungehorsam getroffen haben, sie können der Handlung oder Unterlassung nur folgen, nicht ihr vorhergehen. Soll der Abwesende schon vor der Ladung todt gewesen seyn, was wenigstens in der Ladung ausdrücklich hätte bemerkt werden müssen, wozu hat dann die Ladung geholfen? Ja, wenn dieß die Meinung des Richters war, so zerstört er offenbar durch die Todeserklärung

[3]) Die Frage, wem nach der Todeserklärung das Vermögen des Abwesenden zu überlassen sey, ist eine Frage für sich, und es muß, wenn Mehrere darauf Ansprache machen, unter ihnen besonders darüber entschieden werden.

sein eigenes Werk. Zugleich mit einer Todeserklärung dieser Art verliert ja die Ladung ihre Kraft — und folglich auch die Todeserklärung. Denn, wenn der Abwesende schon vor der Ladung gestorben war und der Richter in dem Urtheil ausspricht, daß dieß der Fall gewesen sey, so konnte er ja gar nicht geladen, — folglich auch nicht, wenn er sich nicht meldete, in Folge der Ladung und seines Ausbleibens für todt erklärt werden. Und welcher Gefahr und Verantwortung hat sich hier der Richter ausgesetzt? Gesetzt der Abwesende kehrt zurück, so wird er, wenn ihm weiter nichts im Wege stand, als eine Vermuthung, und der Richter bloß diese bestätigt hat, sein Vermögen ohne Weiteres von dem Besitzer wiederfordern können. Das Vermögen ist ja das seinige geblieben und konnte ihm auf eine bloße Vermuthung nicht für immer entzogen werden. Vielmehr wird es heißen: *Praesumtio cedit veritati.* Der abwesend Gewesene wird sagen: Ich lebe noch, und die Vermuthung, daß ich gestorben sey, hat sich nicht bewährt, ich konnte also auch bisher nicht beerbt werden; viventis non est hereditas. Der Richterspruch, der den Abwesenden für todt erklärt hat, kann den Besitzer nicht schützen; er erscheint als eine übereilte Maßregel, die, ohne innere Kraft, ganz von selbst über den Haufen fällt. Hat nun der Besitzer das Vermögen ganz oder zum Theil durchgebracht, so wird der Zurückgekehrte den Richter auf Entschädigung belangen können, weil dieser auf eine bloße Vermuthung über sein Vermögen verfügt hat.

Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn man annimmt, daß der Richter den Abwesenden wegen seines Ungehorsams für todt erklärt, d. h. ausgesprochen hat, daß er

nicht bereits gestorben, sondern von jetzt an als todt zu behandeln sey. Hier wird der Abwesende, wenn er zurückkehrt, erst zeigen müssen, daß er nicht wirklich contumax gewesen, z. B. weil die Ladung gar nicht zu seiner Kenntniß gekommen sey; aber selbst, wenn er sich auf solche Art vom Ungehorsam reinigen kann, wird auf allen Fall der Richter außer aller Verantwortung seyn. Ihn schützt das Gesetz, weil es ihn befugt macht, denjenigen, der seinem Befehl nicht Folge leistet, als einen Ungehorsamen zu behandeln und die ihm gedrohten Nachtheile in's Werk zu richten; dieser muß erst zeigen, daß er nicht ungehorsam gewesen sey, wenn sie wieder wegfallen sollen [4].

---

[4]) cap. 18. X. de sent. et re jud. cap. 7. §. 1. de sent. excom. in 6to.

3) Zu der (im zweiten Theil der Nachforschungen enthaltenen) Abhandlung über das jugendliche Alter.

a) Gegen die *venia aetatis* findet keine *restitutio in integrum* Statt.

Früher habe ich behauptet, daß gegen die *venia aetatis* keine restitutio in integrum Statt finde [1]). In dieser Behauptung habe ich nicht nur die Glossographen, sondern auch die späteren Ausleger gegen mich. Denn beide lehren, gegen die venia aetatis finde allerdings restitutio in integrum Statt, doch könne sie ihre Wirkungen nur für die Zukunft bewähren [2]). Diese Behauptung hat sich bis in die neuesten Zeiten erhalten, und während so viele andere Lehren mit wenigerem Recht bestritten sind, steht diese unangefochten da.

Ich gebe meinen Widerspruch deshalb nicht auf, wundere mich vielmehr, wie es nur möglich war, daß man eine

---

1) S. den 2ten Theil dieses Werkes S. 66.

2) *Brunnemann* ad L. 1. C. de his, qui veniam aetatis. *Perez* ad h. tit. C. nr. 2. *Struv.* syntagma lib. 4. tit. 4. §. 53. *Cocceji* jus civ. controv. lib. 4. tit. 4. qu. 3. et 4.

solche Behauptung aufstellen konnte. War es vielleicht das große Ansehen der Glossographen, was dieser Behauptung ursprünglich Eingang verschaffte und sie späterhin aufrecht erhielt? So viel weiß ich wohl, wenn sie jetzt erst aufgestellt würde, würde sie schwerlich die geringste Aufmerksamkeit erregen, ja, es würde schwerlich Jemand auf den Gedanken gerathen, sie aufzustellen. Ich wenigstens, wenn ich einer außerordentlichen Lehre, wie die Glossographen und mit ihnen die späteren Ausleger hier aufstellten, beistimmen sollte, müßte Gründe dafür angeführt sehen, die gar keinen Zweifel aufkommen ließen. Allein daran fehlt viel; die Gründe, die dafür aufgestellt werden, bedeuten so gut, als gar nichts; hingegen lassen sich erhebliche Gründe dagegen anführen.

Zuvörderst sieht ein Jeder leicht, daß es untergeordneten Behörden nicht gebühren kann, die Handlungen der höchsten Gewalt zu vernichten. Es könnte daher eine hier zu ertheilende restitutio nur von der höchsten Gewalt im Staat ertheilt werden [3]). Dieselbe Behörde, von welcher die venia aetatis ausging, müßte den Schritt zurückthun. Zwar die Ausleger behaupten dieß auch nur; der Fürst, der die venia aetatis ertheilte, soll, ihnen zufolge, die restitutio dagegen ertheilen. Allein einer *restitutio* müßte doch eine *causae cognitio* vorhergehen; diejenigen, zu deren Nachtheil die restitutio gereichen würde, müßten mit ihrem Widerspruch, mit ihren Gründen, ihrer Vertheidigung dagegen gehört werden; es müßte ein Urtheil erfolgen und — unsere Fürsten befassen sich nicht mit der Rechtspflege. Das ist nun ein Grund, der die Ertheilung der restitutio bei uns, wenn

³) L. 3. C. Si adv. rem. jud.

auch nicht gerade unmöglich machen, wenigstens sehr erschweren würde.

Indessen will ich hievon hinwegsehen; es bleiben noch andere Gründe übrig:

1) Die restitutio in integrum setzt bekanntlich voraus, daß der Minderjährige durch das Geschäft, wovon die Rede ist, und zwar durch dieß Geschäft selbst, auf irgend eine Art beschädigt oder verletzt ist [4]). Nun ist aber die venia aetatis ein reines beneficium und an sich selbst kann sie dem Minderjährigen niemals nachtheilig seyn. Kann der Minderjährige über Verletzung klagen, wenn er vor Anderen begünstigt ist? — Mit der Verletzung fällt auch der Grund zur restitutio in integrum hinweg. Die bloßen nachtheiligen Folgen einer an sich nicht nachtheiligen Maßregel können auf restitutio in integrum keine Ansprache geben. Zwar kann man einwenden, der Minderjährige habe sich durch das Ansuchen um die venia aetatis des Mittels beraubt, von seinem beneficio aetatis Gebrauch machen zu können; aber dieß wäre doch nur ein Grund für die höchste Gewalt gewesen, seinem Ansuchen kein Gehör zu geben, oder vielmehr — überhaupt keine *venia aetatis* einzuführen. Wenn es ein vom Gesetz anerkanntes Mittel gibt, die Minderjährigkeit zu vertilgen, wenn die höchste Staatsbehörde einen Minderjährigen für einen Volljährigen erklären kann und sie diesen dafür erklärt hat, so kann dieß Mittel, selbst wenn es schädlich wäre, doch nur als ein unschädliches behandelt werden. Es ist nun einmal ein gesetzliches

---

4) L. 1. pr. L. 11. §. 3. 4. 5. D. de minor. L. 9. §. 4. D. de jurejur. L. 5. C. de rest. in integr. minor. cap. 8. X. de in integr. rest.

und von der höchsten Gewalt nicht nur im Allgemeinen, sondern auch in diesem besonderen Fall gebilligtes, sogar von ihr ausgegangenes Mittel, wogegen Niemand etwas einzuwenden haben kann.

2) Könnte dem Minderjährigen dessen ungeachtet restitutio in integrum ertheilt werden, so müßte doch irgend ein zureichender Grund dafür angeführt werden können. Welcher Grund könnte das wohl seyn? Könnte er etwa daraus hergenommen werden, daß es an den Erfordernissen, woran die Ertheilung der venia aetatis gebunden ist, gefehlt hat, daß über das Alter und die guten Sitten des Minderjährigen nicht der gehörige Beweis geführt worden ist? Wenn dieß auch in concreto der Fall wäre, kann es doch keinen Grund abgeben zur restitutio in integrum; denn Mängel dieser Art machen, daß die venia aetatis schon ipso jure ungültig ist [5]). Aber vielleicht ließe sich daraus der Grund herleiten, daß, ungeachtet der beigebrachten Zeugnisse, dieser Minderjährige nicht fähig gewesen, sein Vermögen selbst zu verwalten und seinen Angelegenheiten selbst vorzustehen? Auch dieser Grund würde für die Ertheilung einer restitutio in integrum nicht tauglich seyn. Irrthum in Ansehung der Fähigkeiten des Minderjährigen ist allerdings möglich, kann aber keine restitutio in integrum rechtfertigen. Wenn alles das geschehen ist, was das Gesetz zu beobachten vorgeschrieben hat, so ist kein Grund vorhanden, eine darauf gebaute obrigkeitliche Maßregel, welche, wie die Sache stand, vorgenommen werden mußte, wieder aufzuheben; es kann dieß am wenigsten dann geschehen, wenn, wie hier, dritte Personen dabei betheiligt sind, zu deren Nachtheil diese

---

[5]) L. 2. C. de his, qui veniam aetatis.

Wiederaufhebung gereichen würde. Oder sollen alle diejenigen, die im Vertrauen auf die von der höchsten Gewalt ausgegangene Erklärung mit dem Minderjährigen Geschäfte geschlossen haben, durch die höchste Gewalt getäuscht und in Schaden gesetzt werden dürfen? Daß von dieser Seite dem römischen Recht kein Vorwurf gemacht werden könne, stellt, wie wir sogleich sehen werden, die hieher gehörige Stelle deutlich vor Augen. Dem Minderjährigen, welcher veniam aetatis erlangt hat, wird zuvörderst die restitutio in integrum abgesprochen; dieß allgemein lautende Gesetz schließt auch die restitutio gegen die venia aetatis und diese vor allen ein. Sollte eine Ausnahme Statt finden, und sogar in Ansehung der ertheilten venia aetatis, so würde ihrer, selbst in einem Rescript, wenn auch nur beiläufig, erwähnt seyn, und dieß ist um so mehr anzunehmen, da, ohne eine ausdrückliche Erklärung, kein Mensch auch nur einen Augenblick auf den Gedanken gerathen wird, daß in Ansehung der venia aetatis eine Ausnahme Statt finden, sie selbst, welche die Restitution ausschließt, ein Gegenstand der Restitution seyn könne. Nicht genug, daß einer solchen Ausnahme nicht erwähnt wird, ist aus den Ausdrücken des Gesetzes zu schließen, daß sie nicht Statt finden könne:

L. 1. *C. de his, qui veniam aetatis impetraverunt.*

Eos, qui veniam aetatis a principali clementia impetraverunt, etiam si minus idonee rem suam administrare videantur, in integrum restitutionis auxilium impetrare non posse, manifestissimum est, ne hi, qui cum eis contrahunt, principali auctoritate circumscripti esse videantur.

Schreibt der Kaiser hier nicht ausdrücklich, daß nach Ertheilung der venia aetatis es nicht weiter darauf ankom-

men könne, ob der Minderjährige wirklich fähig gewesen sey, sein Vermögen selbst zu verwalten? Schreibt er nicht, daß ihm nun noch eine restitutio zu ertheilen unmöglich sey, *ne hi, qui cum eis contrahunt, principali auctoritate circumscripti esse videantur?* Werden diejenigen, die mit dem Minderjährigen Geschäfte schlossen, weniger hinter das Licht geführt, wenn sogar schon gegen die venia aetatis selbst restitutio in integrum ertheilt wird?

Zwar die Ausleger lehren, die gegen die venia aetatis zu ertheilende restitutio könne nur auf solche Geschäfte von Einfluß seyn, die nach der restitutio geschlossen sind; allein diese Einschränkung kann neben der Behauptung nicht bestehen, oder, wenn sie neben ihr besteht, ist dieß nur möglich, wenn sie eine von dem, was die Worte andeuten, ganz verschiedene Bedeutung annimmt; die Behauptung muß erst eine ganz andere werden, wenn überhaupt die Einschränkung in Betrachtung kommen soll. Es sind nur zwei Fälle möglich. Entweder wird der Minderjährige gegen die venia aetatis gar nicht restituirt, oder, wenn er es wird, wird er es ohne Einschränkung. Denn wird er restituirt, so würde es, in Folge der Restitution, so anzusehen seyn, als sey ihm nie venia aetatis ertheilt, er folglich minor geblieben; mit der restitutio gegen die venia aetatis würden die Wirkungen, die sie hervorgebracht, hinwegfallen müssen. In den vorigen Stand versetzt wird Jemand, wenn es so angesehen werden soll, als sey das gar nicht geschehen, was geschehen ist, hier, als sey nie eine venia aetatis ertheilt worden. Eine solche restitutio konnte man nur meinen, als man die Behauptung, der Minderjährige, welcher *veniam aetatis* erlangt hat, kann gegen die *venia aetatis* restituirt werden, als eine Ausnahme von der Regel, wo-

nach ein solcher Minderjähriger nicht restituirt wird, aufstellte. Eine solche restitutio konnte man nur im Sinne haben, als man zum Beweise der angeblichen Ausnahme sich auf L. 1. §. 1. D. de minor. berief. In der That dachte man sich hier eine gewöhnliche restitutio in integrum, allein die Ungerechtigkeit derselben war zu auffallend, als daß man nicht gesucht haben sollte, sie auszugleichen; man setzte also eine willkührlich angenommene Ausnahme hinzu; die restitutio sollte gegen ihre sonstige Natur nur auf die Zukunft wirken. Von der *venia aetatis* würde dieß gelten, diese kann so wenig, wie ein Gesetz, rückwärts wirken; aber nicht gilt es von der restitutio gegen die venia aetatis. Eine restitutio hat es in der Art, daß sie rückwärts wirken muß. Hingegen eine restitutio, die ihre Wirkungen bloß auf die Zukunft beschränkt, ist im eigentlichen Sinne gar keine restitutio; sie würde weiter nichts im Munde führen, als: der Minderjährige soll fortan wieder seyn, was er war, nämlich nicht volljährig; eine solche Erklärung wäre nichts, als ein bloßer Widerruf der venia aetatis; sie könnte allenfalls *restitutio minorennitatis*, aber nicht *restitutio* gegen die *venia aetatis* genannt werden. Sie würde an sich unbedenklich seyn, obwohl kein Gesetz ihrer erwähnt, und sie sich auf nichts gründet, als auf bloßen Irrthum der Rechtsgelehrten, aber welche Zumuthung macht man damit der höchsten Gewalt! Heute soll sie sagen: Wir erklären den Titius wegen seines Wohlverhaltens u. s. w. für volljährig, und morgen: Nein, Titius soll minderjährig bleiben, und vielleicht übermorgen: Nein, Titus soll nun doch wieder als volljährig angesehen werden u. s. w. Glücklicherweise bedarf es einer solchen *restitutio* nicht und

überhaupt keiner thätigen Einmischung der höchsten Gewalt. Vielmehr, damit der Minderjährige der venia aetatis wieder entledigt werde, würde es weiter nichts bedürfen, als einer Verzichtleistung von Seiten des Minderjährigen auf das ihm ertheilte *beneficium*, wodurch dann der vorige Zustand in Hinsicht auf die Zukunft von selbst zurückkehrt.

b) Von der Restitution der Minderjährigen gegen Verlöbnisse.

Die Frage, ob auch gegen ein Verlöbniß restitutio in integrum Statt finde, gehört zu den vielen, worüber die Rechtsgelehrten nicht einig sind. Ich habe sie mit J. H. Böhmer, der an zweien Orten ausführlich davon gehandelt hat [1]), bejahet. Was ich damals nur kurz berührt, will ich hier weiter ausführen. Außer Böhmer sind viele Andere für die Bejahung, namentlich kann Leyser [2]) dahin gerechnet werden, auch Voet [3]), welcher, unter Berufung auf Lemwen [4]) und Grönewegen [5]), hinzusetzt, die Restitution gegen ein Verlöbniß sey etwas sehr Gewöhnliches.

Daß eine restitutio gegen ein Verlöbniß an sich zuläßig sey, kann nach meinem Ermessen nicht geläugnet werden,

---

[1]) nicht bloß in den Ex. ad Pand. in einer eigenen schon früher von mir angeführten Abh. de restitutione in integrum contra sponsalia minorum (Ex. ad Pand. tom. 2. ex. 34.), sondern auch im Jus eccl. Prot. lib. 4. tit. 1. §. 73. seq.

[2]) spec. 295. med. 8.

[3]) ad tit. D. de sponsal. §. 17.

[4]) censura for. lib. 1. cap. 11. nr. 13.

[5]) ad L. 1. C. de sponsal. in fine.

man müßte denn der Erfahrung zuwider behaupten wollen, daß die Eingehung einer Ehe unter allen Umständen und mit einem Jeden etwas rein Vortheilhaftes und Wünschenswerthes sey. Wie viele unglückliche Ehen gibt es nicht, wie viele werden nicht durch Verlassung de facto getrennt, wie viele müssen nicht durch den Richter aufgelöst werden! Durch die Eingehung der Ehe übernimmt der Minderjährige, besonders der männliche, schwere Pflichten, und nicht eine Last, sondern eine ganze Reihe von Lasten, und dieß für sein ganzes Leben, und durch das Verlöbniß macht er sich zur Eingehung der Ehe verbindlich. Die allgemeine Regel will, daß der Minderjährige gegen alle Geschäfte, die zu seinem Nachtheil gereichen, Wiedereinsetzung in den vorigen Zustand fordern könne, und es fehlt an einem zureichenden Grunde, Verlöbniß und Ehe davon auszunehmen. Ich habe schon früher erwähnt, daß der Minderjährige nicht bloß restituirt wird, wenn er Schaden an seinem Vermögen erlitten hat, sondern auch wegen sonstiger Nachtheile, und mich deshalb auf L. 6. D. de minor. berufen. Allein wie sehr das römische Recht den Minderjährigen begünstigt, wie wenig es geneigt ist, bloß auf Verlust des Vermögens zu sehen, wenn von Restitution des Minderjährigen die Rede ist, erhellet noch aus einer anderen Stelle, aus L. 35. D. de minor. Nach dieser Stelle wird der Minderjährige in den vorigen Zustand gesetzt, wenn er ein Grundstück fahren ließ, wobei er keinen anderen Nachtheil hat, als daß es seinen Ahnen gehörte, ein Umstand, der dem Grundstück keinen Werth geben, sondern bloß es diesem Besitzer lieb und werth machen kann. Die alten Rechtsgelehrten ziehen daraus den Schluß: Propter interesse affectionis restituitur minor. Sie setzen hinzu, daß hiernach der Minderjährige auch dann würde restituirt wer-

den müssen, wenn er ein Grundstück verkaufte, was eine besonders gesunde Lage hatte [6]).

Ueberhaupt hat das Gesetz in den allgemeinsten Ausdrücken dem Minderjährigen Hülfe versprochen; gegen Geschäfte überhaupt, ohne alle Einschränkung auf gewisse Geschäfte, will ihn der Prätor in Schutz nehmen [7]).

Man kann nur etwa einräumen, daß es, wie Leyser gegen Böhmer einwendet, auch hier mit dem bloßen Berufen auf sein jugendliches Alter von Seiten des Minderjährigen nicht gethan sey, sondern daß auch hier als causa restitutionis eine Verletzung vorhanden seyn und, in so fern es in dieser Hinsicht eines Beweises von Thatsachen, aus denen auf nachtheilige Folgen zu schließen seyn möchte, bedürfen kann, dieser Beweis von Seiten des Minderjährigen geführt werden müsse. Das Verlöbniß gehört nicht zu den Geschäften, die man nur zu nennen braucht, um sogleich auch zu wissen, daß sie schädlich sind, es ist kein negotium sua natura damnosum, wie Schenkung und Bürgschaft oder das Versäumen gerichtlicher Fristen; in diesen Stücken hat Leyser ohne Zweifel Recht. Es würden triftige Gründe sich ergeben müssen, weshalb anzunehmen, daß die Eingehung der Ehe, wozu der Minderjährige durch das Verlöbniß sich verbindlich gemacht, zu seinem Nachtheil gereichen werde. Mit Sicherheit läßt sich dieß freilich nicht vorher wissen, man würde sich mit demjenigen begnügen müssen, was nach den Umständen glaublich ist. Die Hülfe, die das Gesetz dem Minderjährigen im größten Umfange versprochen hat, muß sich hier nach der besonderen Natur des Geschäfts, wogegen

---

6) *Brunnemann* ad L. 35. D. de minor.

7) L. 1. §. 1. D. de minor.

die Hülfe zu leisten ist, bequemen. Fände der Richter, daß der Minderjährige wegen seiner Gebrechlichkeit, oder wegen des Zustandes seiner Gesundheit, oder, weil er nicht im Stande sey, eine Frau zu ernähren, oder aus anderen Gründen sich der Ehe überhaupt enthalten müsse, oder daß die Person, mit der er sich verlobt hat, wegen ihres Charakters, ihrer rohen Sitten, Mangels an Erziehung, Verschiedenheit des Alters u. s. w. zu seinem Gatten nicht geeignet sey, daß die Umstände kein glückliches Ehebündniß erwarten ließen, der Minderjährige leichtsinnig zu Werke gegangen sey, sich beim Verlöbniß mit dieser Person übereilt habe, durch Eingehung der Ehe das Glück seines Lebens verscherzen, in sein Verderben rennen würde, so sehe ich nicht, wie der Richter ihm die Restitution, die ihm in weit weniger wichtigen Fällen zu Theil wird, hier versagen könne, hier, wo ihm Hülfe gegen die nachtheiligen Folgen des Leichtsinns und der Unerfahrenheit am nöthigsten ist. Will man einwenden, daß in Fällen dieser Art noch kein Schade geschehen, sondern nur zu besorgen sey? Ich glaube eben nicht, daß die Meinung des römischen Rechts dahin gegangen sey, daß der Schade schon geschehen seyn müsse. Die Restitution überhaupt erfordert keinen bereits geschehenen Schaden, wiewohl man es nach der Art, wie die Rechtsgelehrten sich wohl auszudrücken pflegen, glauben möchte. Es ist genug, wenn das zum Nachtheil des um Restitution Bittenden gereicht, was vermöge des geschlossenen Geschäfts geschehen oder unterbleiben soll, was er durch das Geschäft übernommen, aufgegeben, wozu er sich verbindlich gemacht hat. Dann gereicht das Geschäft zu seinem Nachtheil und ist er durch das Geschäft verletzt, wiewohl er noch keinen Nachtheil erlitten hat. So würde derjenige, der sein Grundstück verkauft oder sich

verbürgt hat, Restitution fordern können, obgleich der Verkäufer das Grundstück noch nicht übergeben, der Bürge aus der Bürgschaft noch keine Zahlung geleistet hat. Was nun von der Restitution im Allgemeinen gilt, dasselbe gilt auch von der Restitution der Minderjährigen. Wie das römische Recht den Minderjährigen überhaupt in Schutz nimmt, will es ihn eben sowohl gegen bevorstehenden, als gegen schon erlittenen Schaden geschützt wissen. Es will den Minderjährigen überhaupt vor Schaden bewahren. Darunter ist das Verhüten sowohl, als das Wiedergutmachen begriffen, und Ersteres muß billig obenan stehen. Ja, wenn anzunehmen ist, daß der Minderjährige durch die Ehe Nachtheil leidet, ist auch anzunehmen, daß er schon durch das Verlöbniß verletzt wird. Gereicht die Ehe zu seinem Nachtheil, so gereicht auch schon das Verlöbniß dazu, wodurch er zur Eingehung der Ehe sich verpflichtet hat. Es ist genug, daß der Minderjährige durch das Verlöbniß eine Verpflichtung eingegangen ist, deren Erfüllung zu seinem Nachtheil gereichen würde. Schon dann kann man sagen, *eum captum esse.* Wenn er einer verschmitzten Buhlerin in das ausgespannte Netz ging, wenn er, durch den Reiz eines schönen Weibes gerührt, ihr leichtsinnig die Ehe versprach, obgleich er nicht zum Ehemann, sie wenigstens nicht zu seiner Frau sich schickte, ist er dann nicht — sey es auch nur *sua facilitate — captus?* Wollte man warten, bis die Ehe geschlossen ist, so würde res nicht mehr integra seyn, und wollte man gar das Eintreten der Uebel und des Ungemachs abwarten, womit der Minderjährige bedroht wird, so würde selbst eine Restitution, wenn sie noch möglich wäre, das Geschehene hier nicht wieder gut machen und also nur einen unvollkommenen Erfolg gewähren können.

4) Zu der Abhandlung über die Macht des Richters, der die Aussprüche eines anderen vollzieht.

(Zweiter Theil S. 307. folg.)

Bei dieser Abhandlung hätte ich eine Stelle des Julianus im Titel de judiciis benutzen können, und würde es auch gethan haben, wenn ich die Stelle damals schon gekannt hätte. Die Stelle ist merkwürdig; sie lautet folgendermaßen:

L. 75. D. de judiciis.

Si Praetor jusserit eum, *a quo debitum petebatur, adesse*, et ordine edictorum peracto, pronunciaverit *absentem debere*, non utique judex, qui de judicato cognoscit, debet de Praetoris sententia cognoscere: alioquin lusoria erunt hujusmodi edicta et decreta Praetorum. *Marcellus notat:* Si per dolum sciens falso aliquid allegavit, et hoc modo consecutum eum sententia Praetoris liquido fuerit adprobatum, existimo debere judicem querelam rei admittere. *Paulus notat:* Si autem morbo impeditus, aut reipublicae causa avocatus, adesse non potuit reus,

puto vel actionem judicati eo casu in eum denegandam, vel exsequi Praetorem ita judicatum non debere.

Es erhellet hieraus, wie der Grundsatz, daß dem Richter, der das Urtheil zu vollziehen hat, über die Rechtmäßigkeit des zu vollziehenden Urtheils kein Urtheil zukömmt, schon dem römischen Recht gemäß sey, was auch aus einer anderen Stelle [1]) hervorgeht. Julianus wendet diesen Grundsatz namentlich auf den Fall an, da das zu vollziehende Urtheil gegen einen Abwesenden in contumaciam gesprochen ist. Es kann aber, nach dieser Stelle, der Richter, der über die Rechtmäßigkeit des Urtheils nicht urtheilen darf, über die Gültigkeit urtheilen, namentlich auch in dem eben erwähnten Fall, da das zu vollziehende Urtheil in contumaciam gesprochen ist. Es wird schon dadurch gewissermaßen bestätigt, was ich, ohne die Stelle des römischen Rechts zu kennen, in jener Abhandlung angenommen habe. Ich nahm nämlich mit Böhmer an, judex requisitus dürfe über die Gültigkeit des Urtheils in so fern urtheilen, daß, wenn er auf der Stelle sieht, das Urtheil sey ungültig, er die Vollziehung verweigern müsse; wenn aber die Behauptung des Besiegten, das Urtheil sey ungültig, altioris indaginis ist, dann schien es der Ordnung gemäß zu seyn, daß judex requisitus den Besiegten an den Richter zurückweisen müsse, der das Urtheil gesprochen hat. Zwar das römische Recht geht weiter. Nach jener Stelle des Julianus würde der vollziehende Richter über die Gültigkeit urtheilen können, auch wenn sie nicht auf der Stelle klar ist. Es kann über die Gültigkeit eine Untersuchung bei ihm angestellt werden und eine Beweisführung bei ihm Statt finden. Der Richter, der das Ur-

---

[1]) L. 6. C. de executione rei judicatae.

theil vollziehen soll, was ein anderer Richter gesprochen hat, soll also die Gültigkeit des Urtheils erst prüfen dürfen, ehe denn er es vollzieht; ergibt die Untersuchung, daß es ungültig sey, so vollzieht er es nicht. Die Ungültigkeit kann, nach der Stelle des Julianus, namentlich daher rühren, daß der Sieger das günstige Urtheil durch Anführung der Thatsachen ausgewirkt hat, von denen er wußte, daß sie falsch seyen.

Ein zweiter Grund, der, nach der Stelle des Julianus, den judex requisitus bewegen kann, das Urtheil nicht zu vollziehen, ist dem in contumaciam gesprochenen Urtheil eigenthümlich. Wenn es sich ergibt, daß der als contumax Verurtheilte nicht wirklich contumax gewesen ist, dann kann der Richter, der um die Vollziehung angegangen wird, das Urtheil eben so wenig vollziehen, als der Richter, der es gesprochen hat. Diese Ausnahme fällt mit der vorigen zusammen, denn auch ein solches Urtheil ist ungültig. Folglich kann auch in diesem Falle judex requisitus über die Gültigkeit des Urtheils urtheilen und, wenn er es als ungültig erkennt, die Vollziehung verweigern.

Besserer Ordnung gemäß ist es, daß der bloß zur Vollziehung berufene Richter über den Einwand, das Urtheil sey ungültig, sich des Urtheils enthält, wenn dieser Einwand altioris indaginis ist, daß er aber, wenn die Ungültigkeit auf der Stelle klar ist, die Vollziehung verweigert.

Daß dieß auch den Regeln unseres Processes gemäß sey, läßt sich, zum Theil wenigstens, aus dem canonischen Recht erweisen. Das canonische Recht [2]) stellt den allgemeinen Grundsatz auf, der bloß zur Vollziehung des Urtheils

[2]) cap. 5. X. de sent. et re jud.

berufene Richter dürfe auch über die Gültigkeit des Urtheils nicht urtheilen, sondern müsse über den bei ihm angebrachten Einwand der Ungültigkeit dem Richter das Urtheil überlassen, der das Urtheil gesprochen hat.

In der hieher gehörigen Stelle des canonischen Rechts ist zwar nicht ausdrücklich die Rede davon, daß der Richter über die Gültigkeit des Urtheils nicht urtheilen soll; es ist aber von einem Fall die Rede, wo das Urtheil ungültig war, wenn die Behauptung des Besiegten sich bewährte. Der Besiegte machte nämlich den Einwand, das Urtheil sey durch Betrug hervorgebracht, und der Papst schreibt dem mit der Vollziehung beauftragten Richter zurück, in einem solchen Fall, — *si fraus intervenerit* — sey es nicht die Sache des mit der Vollziehung beauftragten Richters, in die Sache selbst sich zu mischen — de toto negotio cognoscendi —, sondern ihm gebühre es, das Urtheil darüber dem Oberrichter zu überlassen. Man sieht wohl, wie das canonische Recht die in der L. 75. D. de jud. enthaltene Lehre des römischen Rechts gekannt, aber keinen Gefallen daran gefunden hat. Zugleich kann man aus jener Stelle des canonischen Rechts a majori ad minus schließen, daß der Richter, der nicht einmal über die Gültigkeit des Urtheils urtheilen darf, noch weniger über die Gerechtigkeit desselben, überhaupt, daß er über keine Einreden, welche die Sache selbst betreffen (im Gegensatz derjenigen, welche die Art der Vollziehung angehen), urtheilen dürfe. Ueber die Gerechtigkeit des Urtheils darf ja selbst der Richter nicht weiter urtheilen, der für die Sache der zuständige war und als solcher das Urtheil gesprochen hat.

Mit jener Stelle des canonischen Rechts ist es sehr wohl vereinbarlich, daß der Richter das Urtheil nicht voll-

ziehen darf, wenn er auf der Stelle sieht, es sey ungültig. Wenn bei ihm der Einwand vorgetragen wird, das Urtheil sey ungültig, es sey z. B. durch Betrug hervorgebracht, von welchem Fall, wie gesagt, im canonischen Recht nur die Rede ist, so soll bei ihm über die Wahrheit des Einwandes keine Untersuchung angestellt werden; *non est facultas executori*, wie das canonische Recht sagt, *de toto negotio cognoscendi*. Aber wenn es darüber keiner Untersuchung bedarf, wenn der Richter auf der Stelle erkennt, das Urtheil sey ungültig, so darf der Richter das Urtheil, diese sententia nulla, selbst wenn der Besiegte die Gültigkeit nicht bestreitet, nicht vollziehen. Schon von Amtswegen muß der Richter einen Mangel dieser Art berücksichtigen. Ein von ihm für ungültig erkanntes Urtheil darf der Richter eben so wenig vollziehen, als ein Urtheil, von dem er sieht, daß es noch nicht rechtskräftig geworden ist; er darf es eben so wenig, wie der Richter es gedurft hätte, der das Urtheil gesprochen hat.

---

5) Ueber Verbrechen, besonders Todtschlag aus Irrthum in Ansehung der Person.

(Zusatz zu einer im dritten Theil S. 301. und folg. unter diesem Titel erschienenen Abhandlung.)

Schon im Jahr 1820 im neuen Archiv des Criminalrechts habe ich diesen Gegenstand zur Sprache gebracht. Ich habe die verschiedenen Fälle, die hier von den Alten vermengt werden, von einander abgesondert und auf den wichtigen Unterschied aufmerksam gemacht, der hier zwischen unbeabsichtigten Wirkungen bloß versuchter Verbrechen und dem, was eigentlich nur homicidium per errorem genannt werden kann, zu machen ist; ich habe auch auf den Grund hingewiesen, worauf der hier zu machende Unterschied beruht, und der eine Verschiedenheit der anzuwendenden Rechtsgrundsätze herbeiführen muß; ich habe überhaupt schon damals alles über diese Materie gesagt, was darüber in der Hauptsache zu sagen nöthig seyn kann. Das Wenige, was etwa übrig geblieben, bietet keine Schwierigkeiten dar — denn wenn man nur erst jenen Unterschied gefunden, und ihn, sammt dem Grunde, worauf er beruht, gehörig aufgefaßt hat, so ist al-

les Uebrige leicht — und dieß Wenige läßt sich aus demjenigen entnehmen, was ich im fünften Theil dieses Werks über den Einfluß, den die Unwissenheit in Ansehung der Thatsachen auf die Strafbarkeit hervorbringt, geschrieben; da die Grundsätze, die von der Unwissenheit gelten, auch auf den Irrthum anwendbar sind, so ergänzen und vervollständigen beide Abhandlungen einander. Die letztere Abhandlung handelt von dem Einfluß des Irrthums im Allgemeinen und die erstere vom Einfluß des Irrthums bei einzelnen Verbrechen und besonders beim Todtschlag. Wenn ich daher diesen Gegenstand hier aufs Neue zur Sprache bringe, so geschieht es theils, um den angeführten Unterschied noch deutlicher, noch einleuchtender zu machen, theils, um von der Anwendung der aufgestellten allgemeinen Grundsätze auf das Besondere zu reden.

Beim Todtschlag aus Irrthum, schien es mir, komme es zuvörderst darauf an, daß man folgende beide Fälle unterscheide, nämlich:

1) da Jemand einen Menschen tödten will und den anderen tödtet, indem er z. B. fehlschlägt;

2) da Jemand einen Menschen tödtet, weil er ihn mit einem anderen verwechselt.

Daß zwischen beiden Fällen ein Unterschied Statt finde, sieht ein Jeder; ob aber in beiden Fällen eine Verschiedenheit der rechtlichen Grundsätze Statt finden könne, das kann sehr wohl bezweifelt und sehr wohl bestritten werden; es lassen sich Gründe dagegen aufstellen, die wenigstens auf den ersten Blick sehr erheblich zu seyn scheinen.

Im ersteren Fall ward zwar der erfolgte Todtschlag nicht beabsichtigt; im zweiten ward er es. Aber es ward doch auch im ersteren Fall Todtschlag beabsichtigt, und

Todtschlag ist erfolgt. Die Absicht und der Erfolg sind im ersteren Fall nur durch das Object getrennt; der Absicht, dieß Individuum zu tödten, fehlt die Wirkung, und der hervorgebrachten Wirkung wiederum die Absicht, dieß Individuum zu tödten. Aber bedurfte es der Absicht, dieß Individuum zu tödten? — Dieß gerade war es, was die Alten verneinten, und diese Verneinung war der Grund, warum sie zwischen beiden Fällen keinen Unterschied zuließen. — War es, um einen Todtschlag annehmen und den Thäter als eines vorsätzlichen Todtschlags schuldig strafen zu können, nicht genug an der Absicht zu tödten? War es nicht genug, daß Absicht und Erfolg durch dieselbe Handlung verbunden waren, daß die Handlung, die tödten sollte, tödtete? Titius ist getödtet und Mevius wird angeklagt, daß er den Titius getödtet habe; er entschuldigt sich damit, nicht den Titius, sondern den Cajus habe er tödten wollen. Kann das wohl eine Entschuldigung seyn? Wird der Richter nicht einwenden, es war eben so unerlaubt, den Titius zu tödten, als den Cajus? Du hast einen Menschen getödtet, du hast einen Menschen tödten wollen, du bist folglich eines vorsätzlichen Todtschlags schuldig. Das Gesetz beschränkt sich nicht auf die Tödtung einzelner Personen, es lautet allgemein: Du sollst nicht tödten, nnd dieß Gesetz hast du mit Vorsatz übertreten. —

Nein, würde der Verbrecher einwenden können, dieß Gesetz habe ich nicht mit Vorsatz übertreten; ich war nur auf dem Wege, es zu übertreten; der Erfolg entsprach meiner Absicht nicht; Cajus, den ich tödten wollte, lebt ja noch; daß ich aber den Titius, der, ohne daß ich ihn bemerkt hatte, hinter mir stand, durch den Schlag töd-

tete, wodurch ich den Cajus tödten wollte, daß Mevius den Giftbecher leerte, den ich für den Titius bereitet hatte, u. s. w., das waren bloß zufällige Folgen meiner Handlung, Folgen, die sie nur nebenher ganz wider meinen Wunsch und Willen hervorgebracht hat und die nur in so fern auf meine Rechnung kommen, als ich in Ansehung ihrer durch Unvorsichtigkeit verschuldet bin. Was in dieser Hinsicht geschehen ist, sind unbeabsichtigte Wirkungen einer bloß versuchten Missethat. Einen vorsätzlichen Todtschlag würde ich begangen haben, wenn der Mensch von meiner Hand gestorben wäre, den ich durch meine Handlung tödten wollte. Es ist wahr, daß der Todtschlag im Allgemeinen verboten ist, aber Niemand wird deshalb bestraft, daß er einen Menschen getödtet hat, sondern daß er dieß Individuum getödtet hat; daß er diesen individuellen unter dem allgemeinen Gesetz begriffenen Todtschlag begangen hat, deshalb wird er bestraft, und soll nun dieser individuelle Todtschlag als aus seiner Willkühr hervorgegangen, als ein von ihm vollbrachtes homicidium dolosum angesehen werden, so muß er dieß Individuum nicht nur getödtet sondern auch den Willen gehabt haben, dieß Individuum zu tödten. Der Wille oder die Absicht, dieß Individuum zu tödten, gehört zwar im Allgemeinen nicht, aber doch in den einzelnen Fällen zum Dolus.

Was nun den zweiten Fall betrifft, so hat der Thäter nicht nur getödtet, sondern auch tödten wollen, und zwar, wie ich annehme, dieß Individuum. Und gerade dadurch unterscheidet sich dieser Fall von dem vorigen. Im vorigen wollte der Thäter das getödtete Individuum nicht tödten, in diesem wollte er es. Hier sind dolus und Erfolg beisammen,

der böse Wille hat den beabsichtigten Erfolg hervorgebracht, und hier kann er vom homicidio doloso nicht frei gesprochen werden. Er will sich zwar damit entschuldigen, daß er den Einen für den Anderen genommen habe, allein hat er deshalb weniger die Absicht gehabt, dieß Individuum zu tödten? Ward durch seinen Irrthum der Gegenstand des Verbrechens verändert? — Aber so ganz kann diese Entschuldigung doch auch nicht verworfen werden; wenn sie auch den Dolus des Thäters nicht völlig aufhebt, ist es doch möglich, daß seine Strafbarkeit dadurch vermindert wird. Wie bei Verbrechen nicht bloß die äußere That, sondern auch die Gesinnung des Handelnden in Betrachtung kommt, und diese es ist, welche die That eigentlich nur strafbar macht, so muß auch die falsche Vorstellung, die der Thäter sich in Ansehung der Thatsachen gemacht hat, da, wo sie auf seinen Willen von Einfluß war, in Betrachtung kommen. Sie kann machen, daß der Dolus dadurch vermindert wird, wenn sie ihn nicht etwa ganz aufhebt. Denn wer z. B. denjenigen durch Hieb oder Stich u. s. w. tödtet, von dem er glaubt, er sey bereits gestorben, oder wer in der Winternacht, statt des Bären, den er zu erlegen glaubt, den Jagdgefährten ums Leben bringt, der begeht kein homicidium dolosum, es fehlt der Vorsatz, einen Menschen zu tödten, und das Bewußtseyn des Unrechts. Es ist auch nicht genug, daß Jemand überhaupt das propositum delinquendi und das Bewußtseyn des Unrechts hat; damit man ihm ein bestimmtes Verbrechen vorwerfen könne, darf bei ihm die Absicht, ein Verbrechen dieser bestimmten Art zu begehen, und das Bewußtseyn dieser bestimmten Art des Unrechts nicht fehlen. Mit einem Frauenzimmer, von welchem man nicht weiß, daß es verheirathet ist, kann ein lediger

Mann die Ehe nicht brechen, sondern nur ein gewöhnliches stuprum begehen wollen. Und wer den Vater tödtet, von dem er nicht weiß, daß er es ist, kann immerhin ein homicidium dolosum begehen, ein parricidium begeht er nicht.

Diese und andere Beispiele, deren ich in jener Abhandlung, welche die allgemeinen Grundsätze über den Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit enthält, erwähnt habe, zeigen klar, daß die Verwechselung der Person und überhaupt des Individui die Strafbarkeit vermindern kann. Ueberhaupt kommt es, wenn vom Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit die Rede ist, wie ich schon in der eben erwähnten Abhandlung angenommen habe, darauf an, zu untersuchen, wie sich die Sache gestalten würde, wenn die falsche Vorstellung, die der Handelnde sich macht, wahr wäre. Alle die mildernden Umstände, die dem Todtschläger unter dieser Voraussetzung zu Gute gekommen seyn würden, müssen ihm auch jetzt zu Gute kommen. Wäre er, um bei dem in der ersten Abhandlung angeführten Beispiel zu bleiben, von dem entflohenen Feind zum höchsten Zorn gereizt und hätte dann im dunklen Zimmer, statt des Verfolgten, den er zu tödten glaubte, einen Unschuldigen getödtet, so müßte ihm der Zustand des Zorns gerade eben so zu Gute kommen, als er ihm zu Gute gekommen seyn würde, wäre der Getödtete wirklich sein Feind gewesen. An dem Thäter würde dann wenigstens kein Mord, sondern nur ein einfacher Todtschlag zu bestrafen seyn, und kann der Zorn, obgleich das Gesetz ihn durch Aufstellung dieses Unterschiedes bei Bestimmung der Strafe schon berücksichtigt hat, noch besonders als Milderungsgrund in Betrachtung kommen, wenn er gerecht war, Jemand z. B. durch harte Mißhandlungen zum Zorn gereizt ward und der Zorn

einen besonders hohen Grad erreicht hat, wie die Rechtsgelehrten anzunehmen pflegen, so müßten Mißhandlungen und Zorn auch in diesem Fall als mildernde Umstände in Betrachtung gezogen werden. Denn daß der Getödtete es nicht war, der den Missethäter zum Zorn gereizt hatte, was kann das für einen Unterschied machen? Die Gemüthsbewegung, die den Grund enthält, weshalb das Verbrechen einen milderen Character annimmt, war, wenn sie auch durch den Getödteten nicht erregt ward, nichts desto weniger vorhanden. War der Missethäter einmal erzürnt, und war sein Zorn gerecht, so erscheint er weniger strafbar, wenn er denjenigen tödtete, der, wenn auch nur in seiner Vorstellung, auf welche es hier ja eben ankommt, diesen Zorn erregt hatte.

VII.

Kleinere Abhandlungen.

1) Vom Aufhören einer dinglichen Gerechtigkeit durch Untergang des Grundstücks.

Geht das Grundstück zu Grunde, dem als dem herrschenden die Gerechtigkeit zusteht, so muß die Gerechtigkeit nothwendig aufhören. Dasselbe geschieht, wenn das Grundstück zu Grunde geht, auf welchem, als dem dienenden, die Gerechtigkeit haftet [1]). In jenem Fall fehlt es dem Recht am Subject, in diesem am Object, und ohne Subject und Object kann es kein Recht geben.

Wird aber das Grundstück wieder hergestellt, so lebt, wie die Ausleger zu lehren pflegen, die Gerechtigkeit wieder auf. Wird also z. B. das abgebrannte Gebäude wieder aufgeführt, mit dem Gebäude wird auch die Gerechtigkeit wieder hergestellt.

Allein ein Recht, was einmal erloschen ist, ist nach der Natur der Sache für immer erloschen, wieder aufleben kann kein Recht, es könnte nur etwa ein neues ähnliches Recht entstehen, an Stelle des erloschenen, aber dazu würde es

---

[1]) L. 2. D. de usufr.

eines neuen Entstehungsgrundes bedürfen. Könnte eine erloschene Gerechtigkeit wieder aufleben, warum lebt die durch Consolidation erloschene nicht wieder auf, wenn die beiden Grundstücke wiederum aufhören, demselben Herrn zu gehören [2])? Selbst in der sinnlichen Welt findet kein Wiederaufleben Statt; lebt etwas wieder auf, so schien das Leben nur erloschen, ohne es wirklich zu seyn.

Gesetzt indessen, ein Recht und eine Gerechtigkeit könnten wieder aufleben, so würden sie doch durch Wiederaufführung des Gebäudes nicht wieder aufleben. Das neue Haus ist ja das Haus nicht, für welches oder an welchem die Gerechtigkeit bestellt ward; es steht ein anderes Haus, mithin ein anderes Subject oder Object, an der alten Stelle.

Indessen, was nach strengem Recht nicht zu vertheidigen ist, wird durch Billigkeit in's Gleiche gebracht. Die Gerechtigkeit lebt zwar nicht wieder auf — müßte sie wieder aufleben, so würde sie nicht zu retten seyn —; aber sie hat noch nie aufgehört. Man muß sich nämlich die Sache so vorstellen, daß die Gerechtigkeit durch die area, als welche als ein Theil des Hauses angesehen werden kann, erhalten geblieben ist und nur einstweilen nicht ausgeübt werden kann [3]). Wird das Haus wieder aufgeführt, so kann

[2]) L. 30. pr. D. de serv. praed. urb.

[3]) So dauert die Wasserleitungsgerechtigkeit fort, wenn gleich die Quelle ausgetrocknet ist, und die Fußsteigstrift, Fahrwegsgerechtigkeit dauert fort, wenn ein Fluß die Gegend überschwemmt hat, obwohl sie einstweilen — bis die Quelle durch zufließendes Wasser wieder gespeist wird, der Fluß in sein Bett zurückgetreten ist — nicht ausgeübt werden kann. Es muß nur nicht die Zeit darüber verstrichen seyn, nach deren Ablauf eine Gerechtigkeit durch Nichtgebrauch

sie nun von dem und an dem neuen Hause wieder ausgeübt werden. Strenge genommen könnte sie das nicht, aber hier ist es, wo die Billigkeit sich ins Mittel legt. Das neue Haus tritt hier an die Stelle des alten; ihm steht nun das *jus servitutis* zu oder, beziehungsweise, trägt es das *onus servitutis*.

Die Hauptstelle für diese Materie — oder vielmehr die einzige — ist folgende Stelle des Paulus:

L. 20. §. 2. *D. de serv. praed. urb.*

Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur: utilitas exigit, ut idem intelligatur. Nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur. Et ideo, sublato aedificio, ususfructus interit: quamvis area pars est aedificii [4]).

Paulus spricht zunächst nur von dem Fall, da das herrschende Gebäude niedergerissen und ein neues an dessen Stelle aufgeführt wird. Vom Wiederaufleben einer durch

---

verloren geht. Ist diese verstrichen, so muß die Gerechtigkeit erst durch restitutio wieder hergestellt werden. S. L 34. §. 1., L. 35. D. de serv. praed. urb., L. 14. pr. D. Quemadm. serv. am.

[4]) Westphal (de serv. §. 912.) führt auch folgende Stelle hier an: Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus, servitutemque praestaret, deposuit aedificium: concedenda erit legatario utilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificium conabitur; L. 31. D. de serv. praed. urb. Diese Stelle beweist nichts. Weil gerade durch Aufführung des neuen Gebäudes über die Höhe des alten von Seiten des Erben eben so gut, als wenn er das alte erhöhet hätte, dem Willen des Testators entgegengehandelt ward, so hatte der Vermächtnißnehmer schon gegen die Aufführung ein jus prohibendi.

den Untergang des herrschenden Gebäudes erloschenen Gerechtigkeit ist bei ihm so wenig, als bei sonst einem römischen Rechtsgelehrten, die Rede. Nur vom *ususfructus* bemerkt er, daß er durch den Untergang des Gebäudes erlischt; er erlischt, auch wenn das Gebäude wieder hergestellt wird [5]. Die dingliche Gerechtigkeit hingegen dauert fort, und das neue Gebäude tritt an die Stelle des alten, ist mit ihm als *idem* anzusehen; daher steht die nicht erloschene Gerechtigkeit dem neuen Gebäude an Stelle des alten zu. Was nun von dem herrschenden Grundstück in dieser Hinsicht gilt, dasselbe muß ohne Zweifel von dem dienenden gelten. Auch hier wird die Gerechtigkeit durch die area erhalten; auch hier wird das neue Gebäude ganz an die Stelle des alten treten müssen.

---

[5]) Siehe auch L. 1. §. 7. D. Quibus modis ususfr.

2) *Pecunia in folle* als Kaufpreis.

In der Lehre vom Kauf stößt man nicht selten auf die Behauptung, wenn für die Waare, die der Eine geben will, der Andere zwar Geld verspricht, aber in keiner bestimmten Summe, sondern pecuniam in folle, sey es kein Kauf, sondern ein Tausch. Einige lehren dieß, Andere schweigen darüber; bestritten wird es, meines Wissens, von Niemanden. Höpfner, der zu den Ersteren gehört, lehrt wörtlich Folgendes: „Auch alsdann, wenn die Summe nicht bestimmt ist, wenn ich z. B. sagte, ich gebe dir eine Hand voll Ducaten für diese Sache (si pecunia in folle datur), ist es ein Tausch und kein Kauf" [1]).

Hier herrscht eine ziemliche Verwirrung der Begriffe, wie sich sogleich zeigen wird, wenn wir das, was hier behauptet wird, auseinander legen. Aus den Worten kann man nicht wissen, sondern nur aus dem Umstande, daß das Geschäft zum Tausch gehören soll, schließen, was man wohl gemeint habe, und warum.

---

[1]) Höpfner, Com. §. 868.

Wenn Jemand für die Sache, z. B. für das Gemälde, des Anderen diesen Beutel mit Geld bietet, wie viel oder wie wenig darin enthalten seyn mag — dieß kann doch nur pecunia in folle genannt werden —, so ist der Kaufpreis bestimmt, wenn auch die Contrahenten in diesem Augenblick nicht wissen, wie hoch er sich beläuft, und wenn der Verkäufer mit dem Gebot zufrieden ist, so ist der Handel zu Stande gekommen. Daß dieß Geschäft ein Kauf sey, könnte nur aus dem Grunde bezweifelt werden, weil hier für die Waare des Einen der Andere keine quantitas, sondern bestimmte Geldstücke zu geben verspricht; indessen kommt es doch in einem solchen Fall dem Verkäufer auf die species nicht an; nicht um diese Geldstücke ist es ihm zu thun, die er ja nicht einmal gesehen hat, sondern um eine Größe, wie die ist, welche in dem Beutel enthalten ist. Ein Kauf ist es und bleibt es immer, wenn er auch auf eine nicht sehr gewöhnliche Art geschlossen ist. Setzen wir den Fall, Jemand zeigte dem Anderen ein Goldstück oder legte es vor ihm hin oder drückte es ihm gar in die Hand, und spräche zu ihm: Deine Uhr gefällt mir, soll sie mein hiefür seyn! und der Andere erwiederte: Nun es mag seyn; nimm sie hin. Wäre dieß nicht ein Kauf? Ich denke, man wird ja sagen, und dann hat man die aufgeworfene Frage zugleich mit bejaht. Denn ob Jemand dem Anderen dieß Goldstück oder ob er ihm diesen Beutel mit Geld bietet, was kann das in Hinsicht auf das Wesen des Geschäfts für einen Unterschied machen? Der einzige, hier nicht erhebliche Unterschied bestände darin, daß der Verkäufer der Uhr wüßte, wie viel er für seine Uhr erhielte, der Verkäufer aber, dem der Beutel mit dem Gelde geboten ward, wüßte es nicht, bis der Beutel geöffnet und das Geld gezählt wäre, und, da

er auf das Ungewisse den Handel geschlossen, müßte er mit dem Inhalt des Beutels zufrieden seyn, möchte er dem Werth des Gemäldes angemessen seyn und seinen Erwartungen entsprechen oder nicht.

Ich will einmal annehmen, es wäre dem Verkäufer um diese Geldstücke zu thun und es würde hier wirklich, nicht bloß scheinbar, eine *species* für eine *species* versprochen, so würde der Verkäufer diese bestimmten Geldstücke als Preis fordern können, ich aber dennoch sagen, das Geschäft sey ein Kauf. Denn die species, die für die Waare versprochen würde, wäre doch immer — Geld, und dieser Umstand würde das Geschäft, was, wenn es eine andere Sache wäre, Tausch oder vielmehr placitum permutationis seyn würde, zu einem Kauf machen. Zum Wesen des Kaufs gehört ein Kaufpreis, dessen Größe bestimmt seyn muß, aber ist es denn erforderlich, daß gerade eine quantitas pecuniae versprochen wird, können nicht auch bestimmte Geldstücke versprochen werden, ist es nicht genug, daß Geld versprochen wird? Ist nicht in dem einzelnen Geldstück eine quantitas, z. B. in dem Goldstück der Werth von 5 oder 10 Thalern enthalten? Der Kauf entstand ja ursprünglich dadurch und löste sich dadurch vom Tausch ab, daß man Metallstücke mit einem Gepräge versah und ihnen einen bestimmten Werth beilegte, damit sie die Stelle der gegen die Waare zur Vergeltung desselben zu gebenden Waare vertreten sollten. Wenn also für die Waare des Einen der Andere nur Geld gibt, so kann das Geschäft nicht mehr zum Tausch gerechnet werden; daß es gerade eine quantitas pecuniae seyn müßte, zu dieser Beschränkung war kein Grund vorhanden; es ist dieß auch nirgends gesagt; es ist überall nur die Rede davon, daß ein *in pecunia nume-*

rata bestehender Kaufpreis, dessen Größe bestimmt seyn muß, zum Wesen des Kaufs gehöre. Die Stellen, wodurch jene Behauptung erwiesen werden soll [2]), beweisen so offenbar nichts, daß ich mich nicht entschließen kann, dieß weiter auseinander zu setzen. Hingegen wird meine Theorie durch folgende Stelle bestätigt:

L. 7. §. 1. *D. de contrah. emt.*

Hujusmodi emtio, *quanti tu eum emisti: quantum pretium in arca habeo*, valet: nec enim incertum est pretium, tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.

Welcher Unterschied ist wohl, ob Käufer alles Geld bietet, was er in diesem Kasten — oder alles Geld, was er in diesem Beutel hat?

Was das von Höpfner zur Erläuterung seiner Lehre angeführte Beispiel betrifft, so gehört es gar nicht hierher. Wenn der Käufer eine Hand voll Ducaten bietet, so will er die Hand erst mit Ducaten anfüllen, und es hängt von ihm ab, wie voll er sie nehmen will, mithin ist die Größe des Preises in seine Willkühr gestellt, und folglich gilt der Handel nicht, weil es überhaupt Grundsatz ist, daß die Größe des Preises von keinem der Contrahenten abhängen darf [3]); es ist kein Kauf, — aber auch kein Tausch, ja noch viel weniger ein Tausch, als ein Kauf; — denn auch hier würde der Vollkommenheit des Contracts im Wege

---

[2]) L. 7. C. de rer. permut. L. ult. D. de cond. causa data causa non sec.

[3]) L. 35. §. 1. D. de contrah. emt. L. 7. pr. D. eod. L. 13. C. h. t. L. 108. §. 1. D. de verb. obl.

stehen, daß die Größe des im Tausch zu gebenden Objectes nicht der Willkühr des einen Contrahenten überlassen bleiben darf. Wäre, um bei dem von Höpfner angeführten Beispiel zu bleiben, die Hand mit Ducaten schon so angefüllt, wie sie es erst werden sollte, so würde der Preis bestimmt seyn und an der Vollkommenheit des Handels nichts fehlen.

VIII.

Ueber

Rechtsgelehrsamkeit, Gerechtigkeit

und

Billigkeit.

(Im April 1838.)

§. 1.

Ulpianus definirt bekanntlich die Rechtsgelehrsamkeit auf folgende Art: Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia [1]). Der erste Theil dieser Erklärung, nämlich: sie sey *divinarum atque humanarum rerum notitia*, ist die Definition, welche die Alten, insonderheit die Stoiker [2]), von der Philosophie gaben. Durch den Zusatz: *justi atque injusti scientia* wird angedeutet die differentia specifica oder wodurch sich dieser Zweig der Philosophie von anderen Zweigen unterscheidet. Es lehrt also Ulpianus m. a. W.: Jurisprudentia, ein Zweig der Philosophie, ist die Kenntniß dessen, was recht und unrecht, d. h. den Gesetzen gemäß oder zuwider ist [3]).

---

1) L. 10. §. 2. D. de just. et jure.

2) *Seneca* ep. 89.

3) S. *Heineccius* ad *Vinn.* §.1. J. de just. et jure; *Walch* ad *Eckhardt* hermeneut. jur. §. 134.; Hallesche Beiträge zur juristischen Gelehrten-Historie S. 243.

Sehr verschieden von der *jurisprudentia* ist *justitia*. Mit jener bezieht es sich auf das Erkenntnißvermögen, sie ist ein habitus intellectus; aber justitia nach der Art, wie Ulpianus sie definirt [4]), da sie ist *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, bezieht sich auf das Begehrungsvermögen; sie ist ein habitus voluntatis [5]).

Beide Definitionen haben die alten Rechtsgelehrten außerordentlich viel beschäftigt; eigene große Dissertationen haben sie darüber geschrieben. Mir scheint es fast, als hätten die guten Alten ihre Zeit besser anwenden, und wir uns allenfalls auch ohne diese große Dissertationen über so kleine Definitionen behelfen können; wenigstens steht die außerordentlich viele und von so vielen angewandte Mühe, um an jenen einfachen Definitionen zu klauben, sie mit Stellen aus den Alten zu vergleichen, zu erforschen, woher die Bestandtheile derselben ursprünglich genommen sind, das Hin- und Wiederreden, das Streiten darüber, alles dieß steht mit dem Gegenstande in gar keinem Verhältniß. Wenn jene beiden Definitionen nicht gut waren, warum nicht lieber ohne Umstände ein Paar bessere an deren Stelle setzen?

Besonders sind die Alten mit der Definition der Gerechtigkeit wenig zufrieden. Sie sey den Regeln der Logik nicht gemäß, und eine justitia dieser Art gehe die Rechtsgelehrten gar nicht an, sie sey nicht der Zweck der Rechtswissenschaft — was Ulpian auch gar nicht behauptet hat — und dieß erhelle schon daraus, daß kein vernünftiger Mensch sich einen Zweck vorsetzen werde, den er zu erreichen keine Hoffnung habe. Der Zweck der Juristen sey die justitia,

---

[4]) L. 10. pr. D. de just. et jure.

[5]) *Vinn.* ad §. 1. J. de just. et jure.

und die Mittel, die ihnen zu diesem Zweck zu Gebote stän- den, als da sind gesetzliche Vorschriften, Gewalt der Obrigkeiten, Zwang und Strafen, seyen nicht geeig- net, auf den Willen einzuwirken, und ihn gut oder besser zu machen. Der Zweck der Rechtswissenschaft sey die Ueber- einstimmung der Handlungen mit dem bürgerli- chen Gesetz, und dieß der wahre, für die Rechtswissen- schaft allein nur brauchbare, Begriff der Gerechtig- keit [6]).

Dieß ist auch die Stimme der neueren Rechtsgelehrten, die dabei einen Unterschied machen zwischen der äußerlichen und innerlichen Gerechtigkeit. Alle Gerechtigkeit ist etwas Nichtsinnliches, ein bloßer Begriff; folglich kann es keine äußerliche und mithin, im Gegensatz derselben, auch keine innerliche Gerechtigkeit geben. Indessen sieht Jeder wohl, wie es mit diesem Unterschiede gemeint sey, und daß es sich damit auf den Unterschied des Gesetzes bezieht, wonach die Gerechtigkeit der Handlung beurtheilt werden, und des Rich- ters, der darüber urtheilen soll, ob es der äußerliche, bürger- liche, oder der innerliche ist. —

§. 2.

Die Ausdrücke gerecht und ungerecht, Gerechtig- keit und Ungerechtigkeit werden in doppelter Bedeutung gebraucht. Man bedient sich ihrer

1) um die Uebereinstimmung oder Nichtüber- einstimmung einer Handlung mit dem Gesetz zu be- zeichnen. Kurz man hat dabei das Gesetzmäßige oder

---

[6]) *Gebauer* diss. de justitia et jure §. 4.

die Gesetzmäßigkeit der Handlung oder das Gegentheil im Sinne.

Man braucht jene Ausdrücke aber auch

2) um die Liebe zur Gerechtigkeit dadurch anzudeuten. Man sagt z. B., das ist ein gerechter Mann; man spricht von der Tugend der Gerechtigkeit. Eine Tugend kann doch nicht in den Handlungen liegen, sondern nur in der Gesinnung [1]).

Auf die Gerechtigkeit in dieser zweiten Bedeutung bezieht sich die Definition, die Ulpianus von der justitia gibt. Sie ist nach ihm die Tugend, die sich scheut, die Rechte Anderer zu verletzen. Das einzige Erhebliche, was an dieser Definition auszusetzen seyn möchte, ist, daß sie nicht in das Rechtssystem, sondern zur Ethik gehört; allein dieser Vorwurf, wenn er nicht schon dadurch entkräftet würde, daß hier von einem Punct die Rede ist, in dem beide Wissenschaften sich sehr nahe berühren, trifft auf allen Fall nicht den Ulpianus und nicht seine Definition, sondern diejenigen, die sie in das Rechtssystem aufnahmen.

§. 3.

Ehe ich nun zu der Billigkeit übergehe, böte sich mir die Gelegenheit dar, über die Gerechtigkeit (im zweiten Sinne) Betrachtungen anzustellen. Ich könnte untersuchen, ob wir

---

[1]) Es haben auch schon Hobbes und mit ihm Pufendorf bemerkt, daß jene Ausdrücke bald in Beziehung auf die Handlungen, bald in Beziehung auf die Personen gebraucht werden. S. *Hobbes* de cive cap. 3. §. 5. und *Pufendorf* de jure nat. et gent. lib. 1. cap. 7. §. 6. Die Griechen unterscheiden Beides als δίκη und δικαιοσύνη.

Menschen für die Gerechtigkeit da sind, wie Cicero lehr — denn was soll man sich anders darunter denken, als dieß, wenn er sagt: nos (homines) *ad justitiam esse natos* [1] —, oder nicht vielmehr die Gerechtigkeit für uns; ich könnte sagen, der Sinn für die Gerechtigkeit sey eins von den Mitteln, welche die Natur anwende, das Geschlecht zu erhalten, ganz fehle er in keinem Menschen, alle hätten ihn, mehr oder weniger, es ziehe jedoch dieser Trieb im Kampf mit der Selbstsucht, welcher er entgegenzuwirken bestimmt sey, oft den Kürzeren; die Selbstsucht gehöre zur thierischen Natur des Menschen und sey um so stärker in dem Einzelnen, je näher er dem Thier stehe, der Sinn für Gerechtigkeit hingegen entspringe aus der vernünftigen Natur des Menschen, je schwächer jene, je stärker dieser sey, je edler sey der Mensch, je edler handle er; er bestrebe sich, Unrecht zu verhüten und, wenn es geschehen, es auszugleichen; er äußere sich z. B. in der Begierde, den Uebelthäter bestraft zu sehen, der uns persönlich nicht beleidigt habe; er richte durch die Hoffnung der Vergeltung den Leidenden auf und erschrecke durch die Furcht davor den Uebelthäter; er mache, daß der Schuldige sich der ihm zuerkannten Strafe unterwirft und der Unschuldige dadurch empört wird; er erscheine nicht immer in seiner eigenen Gestalt, sondern bald in dieser, bald in jener Verhüllung, und werde daher nicht immer für

---

[1]) *Cicero de legibus cap.* 10. Nihil enim praofecto est prestabilius, quam plane intelligi, nos ad justitiam esse natos, neque opinione, sed natura constitum ess jus. Id jam patebit, si hominum inter ipsos societatem conjunctionemque perspexeris. Nihil enim unum uni tam simile, tam par, quam omnes inter nosmet ipsos sumus.

das erkannt, was er ist, er erscheine z. B. als Dankbarkeit, die das empfangene Gute durch etwas Gutes zu vergelten strebt, als Bescheidenheit, die nicht mehr begehrt, als ihr zukommen kann, u. s. w., ja, er liege wohl selbst hinter Fehlern versteckt, z. B. sey der Stolz und die Begierde nach Rache oftmals nichts anderes, als eine Aeußerung des Sinnes für Gerechtigkeit, das Rechtsgefühl, und bei der Rache das gekränkte, habe wenigstens seinen großen Antheil daran — wobei denn wohl der eigene Werth oder das uns widerfahrene Unrecht überschätzt werde —, auch der Neid, und sogar die Schadenfreude, rührten nicht bloß aus der Selbstsucht her, sondern gingen aus der Vermischung beider Quellen hervor, der Neidische finde es ungerecht, daß dem Anderen ein Gut zu Theil wird, auf welches er selbst ein eben so großes, ja, viel größeres Recht, zu haben glaube, er besorge auch wohl, daß der Andere dadurch ein zu großes Uebergewicht über ihn erlangen werde, und der Schadenfrohe werde nicht bloß durch den Gedanken des eigenen ungestört gebliebenen Wohlseyns ergötzt, sondern er finde in dem Unglück des Anderen eine Art von Gerechtigkeit des Schicksals, welches das Ungemach über alle ergehen lasse und Niemanden verschone, es freue ihn, zu sehen, daß es Anderen nicht besser ergehe, wie es bei anderer Gelegenheit ihm ergangen sey und in Zukunft ergehen werde; — der Sinn für Gerechtigkeit sey endlich so stark in uns, daß er selbst bei einem bloßen Spiel, selbst auf der Bühne, nicht verletzt werden dürfe; der Dichter müsse am Schlusse des letzten Aufzuges, wenn nicht ein schmerzliches Gefühl in uns zurückbleiben solle, Gerechtigkeit üben; — allein alles dieß und mehr noch, was ich über diesen reichhaltigen Stoff hätte

sagen können, muß ich schon für mich behalten, denn was würden die Rechtsgelehrten sagen (zumal die hölzernen, deren, wie man sagt, eine nicht geringe Zahl ist), die es schon dem Ulpian so übel deuteten und so viel Aufsehens davon machen, daß er sich durch eine Zeile, oder vielmehr nur durch zwei oder drei Worte in dieser Zeile über die engen Schranken der Rechtswissenschaft hinaus wagte und einen Satz der Ethik in das Heiligthum ihrer Wissenschaft einzuschwärzen suchte. Ich schweige also davon und wende mich zu dem, was billig ist.

Aber die Liebe zur Gerechtigkeit zieht mich noch für einen Augenblick zur Gerechtigkeit zurück. Ich muß wenigstens noch eines Ausspruches gedenken, den ich neulich bei Leyser fand und der mit viel Emphasis das Muster eines Gerechten also bezeichnet. Ehe muß, sagt Leyser, die Sonne aus ihrer Bahn weichen, ehe denn ein gerechter Mann sich von der Gerechtigkeit entfernt. Facilius sol a cursu, quam vir justus a justitia dimoveri debet [2]). Das wäre ein goldener Spruch, der in keinem Tempel der Gerechtigkeit fehlen dürfte, wenn er nicht fast zu emphatisch ausgedrückt wäre und dadurch an das Komische streifte.

§. 4.

Der Gerechtigkeit steht die Billigkeit, man kann nicht sagen gegenüber — denn da steht schon die Ungerechtigkeit —, wohl aber zur Seite, wenigstens sollte sie ihr zur Seite stehen.

Jeder weiß, was er sich bei den Worten billig und unbillig zu denken hat, man muß ihn nur nicht danach

---

[2]) *Leyser* spec. 434. med. 19.

fragen. In der That, so leicht es ist, die Merkmale der Gerechtigkeit anzugeben, so schwer ist es, das räthselhafte Wesen der Billigkeit zu ergründen.

Ursprünglich ist billig, wie ich glaube, mit recht gleichbedeutend. Man sagt noch jetzt die Unbill für das Unrecht [1]). Gewöhnlich unterscheidet man Beides und versteht unter dem, was billig ist, etwas, was dem Recht verwandt ist, ihm aber an Rang und Stärke nachsteht, was weniger ist. Was ist dieß nun aber? Worin besteht eigentlich das Billige oder die Billigkeit?

Diejenigen scheinen mir zu irren, welche das Wesen der Billigkeit in die Erfüllung unvollkommener oder natürlicher Liebespflichten setzen [2]), die billig mit demjenigen gleichbedeutend nehmen, was die Pflichten der Menschenliebe und Wohlthätigkeit erfordern [3]). Eben so unrichtig ist es, wenn man das Billige für, was dem natürlichen Recht gemäß ist, erklärt [4]). Ob nach römischem Recht unter *aequum* und *aequitas* das Eine oder Andere zu verstehen sey, das ist eine Frage, die wir hernach untersuchen wollen, aber der deutsche Sprachgebrauch versteht unter dem, was billig ist, weder was sittlich ist, noch was dem natürlichen Recht gemäß ist. Wer z. B. Armen Gutes thut, Nothlei-

---

[1]) In der altdeutschen Sprache das Unbilde, welches Scherz im Glossario medii aevi für crimen erklärt, was schwerlich die echte Bedeutung des Wortes ausdrückt, auch nicht durch die beigefügten Beispiele bestätigt wird. In eben dieser Bedeutung kommt das Wort noch alle Tage vor in der sprichwörtlichen Redensart: „Was dem Einen recht ist, ist dem Anderen billig".

[2]) Schmalz Handbuch des röm. Privatrechts §. 47. *Günther* princ. jur. civ. §. 31.

[3]) S. Weber zu Höpfner Com. §. 27.

[4]) Weber zu Höpfner a. a. O.

denden hilft, ist wohlthätig, aber nicht billig. Es kann eine Aeußerung der Sittlichkeit seyn (nur nicht die einzige), wenn man billig handelt, und sie ist es wirklich, wenn der Einzelne billig handelt, bloß weil er es für billig erkennt, doch ist sie es selbst dann nur unter der Voraussetzung, daß durch die Handlung keine höhere Pflichten verletzt werden, und die Billigkeit, in so fern sie einer Person, um ihre Gesinnung zu bezeichnen, beigelegt wird, ist eine Tugend, in eben dem Sinne, wie die Gerechtigkeit eine ist, aber wenn von dem Billigen und von der Billigkeit an sich und ohne Hinsicht auf die Person, kurz, wenn von der Billigkeit in Handlungen die Rede ist, diese kann auch aus bloßer Klugheit, ja aus fehlerhafter Gesinnung hervorgehen, wie z. B. wenn der Gläubiger dem durch Unglücksfälle bedrängten Schuldner Frist gibt und darüber den eigenen Gläubiger unbefriedigt lassen muß. Es wird aber, wenn von der Billigkeit in Handlungen die Rede ist, von der Quelle der Billigkeit und von dem, was sittlich, oder unsittlich ist, hinweggesehen. Die Billigkeit hat immer eine besondere Beziehung auf das Recht, dem sie verwandt ist; man findet sie gewöhnlich in der Nähe desselben. Einerlei mit dem Recht, in dem vorzüglichen Sinne des Wortes, ist sie nicht, auch nicht mit dem natürlichen; wir unterscheiden das Recht, auch das natürliche, von dem, was bloß billig ist.

§. 5.

Die Schwierigkeit, die es hat, den Begriff des Billigen und der Billigkeit zu bestimmen, wird, wie ich glaube, durch eine doppelte Ursache vermehrt, wenn nicht hervorgebracht. Einmal dadurch, daß diese Ausdrücke, wenigstens das Wort

billig, auch da gebraucht werden, wo gar nicht vom Recht und von dessen Beschränkung die Rede ist, wo man nur damit andeuten will, daß etwas das rechte Maß hat, nicht übertrieben wird. Besonders aber dadurch, daß man, auch in der Rechtssphäre, es mit jenen Ausdrücken überall so genau nicht nimmt; man schiebt manches in das Fach des Billigen, ohne immer erst zu untersuchen, ob es auch dahin gehört. Das ist nicht immer Billigkeit, was dafür ausgegeben wird. Wenn man nun von der Billigkeit alles das absondert, was diesen Namen nicht verdient, und das Gebiet derselben auf solche Art kleiner wird, so wird es auch leichter werden, ihm die Grenzen richtig abzustecken.

Dieß wäre eigentlich ein Geschäft nicht für den Rechtsgelehrten, sondern für den Sprachforscher und Philosophen. Die Rechtswissenschaft könnte sich begnügen, von den anderen Wissenschaften, die den Beruf haben, den Begriff der Billigkeit festzustellen, ihn zu entlehnen. Wenn es ihnen aber selbst daran fehlen sollte, dann würden wir Rechtsgelehrte, um einem practischen Bedürfniß abzuhelfen, genöthigt seyn, uns der Sache anzunehmen und damit zu thun, was, strenge genommen, unseres Amtes nicht ist. Denn die Billigkeit gehört der Rechtswissenschaft nicht eigentlich an, am wenigsten ausschließlich; wenn sie sich damit beschäftigt, so geschieht es nur, um von dem eigentlichen Gegenstande, womit sie es nur zu thun hat, einen verwandten abzusondern. Desto häufiger sucht diese sich bei der Gesetzgebung, und besonders bei Gericht, geltend zu machen, das Recht zu verdrängen und sich an dessen Stelle zu setzen; es gelingt ihr bisweilen, besonders wenn sie die Gestalt des Rechts täuschend nachzuahmen versteht.

Hören wir nun zuvörderst, was die Philosophen über Billigkeit lehren.

§. 6.

Aristoteles in der Ethik fünften Buches funfzehntem Kapitel handelt ziemlich ausführlich von der Billigkeit. Die Stelle scheint mir merkwürdig theils wegen ihres Inhalts, theils deshalb, weil sie auf die Lehren der Rechtsgelehrten, besonders derjenigen, die zu einer Zeit schrieben, da die peripatetische Philosophie die herrschende war, nicht ohne Einfluß geblieben zu seyn scheint.

Aristoteles lehrt von der Billigkeit in der Hauptsache etwa Folgendes: „Das Recht und die Billigkeit sind nicht verschiedenen Geschlechts; beide sind einerlei, nur daß das Recht gut, das Billige besser ist. Obgleich das Billige ein Recht ist, entspringt es doch aus keinem Gesetz; es ist kein gesetzliches Recht; es ist aber eine Verbesserung des gesetzlichen Rechts. Und dieß hängt so zusammen. Jedes Gesetz ist ein allgemeines. Wenn nun ein solches allgemeines Gesetz gegeben ist, so kann ein Fall vorkommen, auf den das Gesetz nicht paßt, in welchem also eine Ausnahme hätte gemacht werden müssen. Denn das Gesetz sieht bloß auf das, was gewöhnlich zu seyn oder zu geschehen pflegt, und es kann, vermöge der Natur der Dinge, nicht wohl anders seyn. In einem solchen Fall ist es recht, wenn der Fehler des Gesetzes nach der Beschaffenheit dieses Falles verbessert wird, in der Art, wie der Gesetzgeber thun würde, wenn er Richter wäre, und schon im Gesetz gethan haben würde, wenn er diesen Fall vorhergesehen hätte. Das Gesetz ward durch seine Allgemeinheit fehlerhaft, und diesen Fehler macht die Billigkeit

wieder gut. Dieß ist also die Bedeutung des Billigen; es ist eine Verbesserung des Gesetzes. Das Gesetz hat nicht für alle Fälle vorgesorgt, weil man nicht alle vorhersehen kann; hier muß sich die Billigkeit ins Mittel legen" [1]).

---

[1]) Die ganze Stelle lautet in der Uebersetzung von Garve (die Ethik des Aristoteles, übersetzt von Garve, Buch 5. Kap. 15.) folgendermaßen:

(Inhalt des Kapitels.)

Wie Gerechtigkeit und Billigkeit sich gegen einander verhalten. Die Billigkeit modificirt die allgemeinen Forderungen der Gerechtigkeit nach den bei einzelnen Fällen vorkommenden Umständen.

Mit den bisherigen Untersuchungen hängt die über die Billigkeit und den billigen Mann und die Erörterung des Verhältnisses zusammen, in welchem beide mit der Gerechtigkeit und dem gerechten Manne stehen.

Man erkennt, wenn man über die Sache nachdenkt, daß billig und gerecht nicht vollkommen dasselbe, und daß es doch auch nicht der Art nach von einander verschieden sey. Von der einen Seite loben wir die billige Handlung und den billigen Mann, und loben sie so sehr, daß wir selbst das Wort Billigkeit (ἐπιείκειαν) gebrauchen, um den tugendhaften Charakter überhaupt auszudrücken. Von der anderen scheint es, die Sache in abstracto betrachtet, seltsam, daß die Billigkeit, wenn sie etwas von der Gerechtigkeit Verschiedenes seyn soll, etwas Lobenswürdiges seyn könne. Denn entweder müßte das Gerechte oder das Billige etwas Fehlerhaftes seyn, wenn beide von einander verschieden sind; oder, wenn beide gleich lobenswürdig wären, so müßten sie auch eins und dasselbe seyn. Dieß ist ungefähr die Hauptschwierigkeit, welche in der Materie von der Billigkeit vorkommt.

Die Sachen hängen aber sehr wohl zusammen und der anscheinende Widerspruch ist nicht vorhanden. Wenn wir sagen, daß die billige Handlung besser, als die gerechte Handlung ist: so verstehen wir hier nur eine besondere Art von gerechten Handlungen, und läugnen deswegen nicht, daß die billige Handlung in einer anderen Rücksicht zugleich eine gerechte Handlung seyn könne. Die Ursache des

Was Aristoteles über Billigkeit gesagt hat, führt wenigstens, wie ich glaube, auf den rechten Weg. Er irrt in-

---

Mißverständnisses aber liegt darin, daß die billige Handlung zwar an sich gerecht, aber nicht gerecht nach dem Buchstaben des Gesetzes, sondern eine Verbesserung und Vervollkommnung des Gesetzes ist. Nämlich alle Gesetze geben ihre Entscheidungen immer im Allgemeinen. Es gibt aber einige Sachen, über welche es unmöglich ist, im Allgemeinen richtig zu entscheiden. In Sachen also, wo das Gesetz zu einer allgemeinen Entscheidung genöthigt, und wo doch eine allgemeine, vollkommen richtige Bestimmung unmöglich ist, da nimmt das Gesetz das, was in den meisten Fällen zutrifft, für das allgemein Richtige an, und gebietet oder verbietet allgemein, wobei es wohl weiß, daß es Ausnahmen gibt. Und deswegen kann doch das Gesetz untadelhaft seyn. Der Fehler liegt nicht im Gesetz, noch im Gesetzgeber, sondern in der Natur des Gegenstandes. Und beinahe sind alle practischen Gegenstände von der Art, keine allgemeinen Regeln ohne Ausnahme zuzulassen.

Wenn nun also das Gesetz im Allgemeinen geredet hat, jetzt aber ein Fall vorkommt, welcher unter jenes Allgemeine nicht zu bringen ist, dann ist es recht, das, was der Gesetzgeber ausgelassen, und worin er gefehlt hat, indem er zu allgemein sprach, zu ergänzen und das zu thun, was der Gesetzgeber selbst, wenn er gegenwärtig wäre, gebieten würde, und was er, wenn er den Fall vorausgesehen hätte, in sein Gesetz würde aufgenommen haben; und gerade dieß thut die Billigkeit. Das Billige ist daher gerecht und ist zugleich doch auch besser, als ein gewisses Gerechte; — nicht besser, als die Gerechtigkeit im Allgemeinen, aber besser, als das, um des allgemeinen Ausdrucks willen, fehlerhafte Gesetz.

So läßt sich also die Natur der Billigkeit am besten bestimmen, daß sie in einer Verbesserung des Gesetzes bestehe, da, wo dieses, wegen der Allgemeinheit seiner Entscheidungen, mangelhaft ist.

Eben dieß ist die Ursache, warum es nicht über alle Gegenstände Gesetze gibt, weil es bei einigen unmöglich ist, im Allgemeinen Vorschriften zu geben. In solchen Fällen sind nur Decrete (ψηφίσματα) nöthig. Von einer unbestimmten Sache kann die Regel selbst nicht bestimmt seyn; so wie das bleierne Winkelmaß bei dem lesbischen Ge-

dessen darin, 1) daß er das Billige nur von dem, was dem positiven Gesetz gemäß ist, unterscheidet; 2) daß er es als eine Ergänzung und Verbesserung des positiven Rechts darstellt, wozu, wie es scheint, nach ihm der Richter berechtigt und nöthigt seyn würde; 3) daß er Rücksicht darauf nimmt, was der Gesetzgeber, wenn er diesen Fall gekannt hätte, verordnet haben würde. Man kann, ohne zwischen natürlichem und positivem Recht einen Unterschied zu machen, das Billige von dem unterscheiden, was die Rechtsregel mit sich bringt. Das Billige ist auch an sich selbst keine Ergänzung oder Verbesserung der Rechtsregel, sondern besteht neben ihr, wiewohl es zur Verbesserung derselben angewandt werden kann von denjenigen, die zu dergleichen Verbesserungen berechtigt sind, wozu aber der Richter nicht gehört. Auf das, was der Gesetzgeber thun würde, wenn er den Fall zu entscheiden hätte, oder verordnet haben würde, wenn er ihn vorausgesehen hätte, kann es nicht ankommen; dieß kann man nicht wissen, und der Gesetzgeber selbst würde es uns hinterher nicht sagen können, wenigstens nicht mit Sicherheit; davon muß man ganz hinwegsehen. Auf diesem Wege würde

---

bäude gebraucht wird. Das Richtmaß nämlich muß sich nach der Form des Steins richten und mit derselben abwechseln: und so müssen sich auch die Schlüsse (ψηφίσματα) eines Regenten mit den Gegenständen abändern.

Hieraus wird nun hinlänglich klar seyn, was Billigkeit sey, in wie fern sie mit der Gerechtigkeit einerlei und in wie fern sie doch von einer gewissen Art der Gerechtigkeit verschieden und besser als dieselbe seyn könne. Es ist ferner klar, wer der billige Mann sey: nämlich derjenige, welcher zu Handlungen der Art entschlossen und aufgelegt ist; der, welcher nicht sein Recht zum Schaden Anderer aufs äußerste treibt, sondern sich lieber selbst etwas entzieht, wenn er gleich das Gesetz zu seinem Beistande hätte.

die Billigkeit am Ende mit der Auslegung zusammentreffen, wovon sie doch sehr verschieden ist.

§. 7.

Kant lehrt von der Billigkeit, sie sey keineswegs ein Grund zur Aufforderung bloß an die ethische Pflicht Anderer (ihr Wohlwollen und ihre Gütigkeit), sondern der, welcher aus diesem Grunde etwas fordert, fuße sich auf sein Recht, nur daß ihm die für den Richter erforderlichen Bedingungen mangelten, nach welchen dieser bestimmen könnte, wie viel oder auf welche Art dem Anspruche desselben genug gethan werden könne [1]).

Die Unmöglichkeit, die Größe der Forderung auszumitteln, macht das Recht eben so wenig zur Billigkeit, als im umgekehrten Fall die Möglichkeit, sie auszumitteln, das, was bloß billig ist, zum Recht erhebt. Es ist oft sehr leicht möglich, die Größe dessen, was einem Anderen nach der Billigkeit gebührt, auszumitteln, und es bleibt doch nur billig und wird nicht erzwingbar. Wenn Jemand z. B. für den abwesenden Freund, in der Erwartung, er werde sie ersetzen, Ausgaben aufgewandt hat, die dieser, wenn er zur Stelle gewesen wäre, selbst hätte machen müssen, so ist es bloß billig, daß sie ihm vergütet werden, obgleich der Betrag derselben nicht zweifelhaft ist. Oder wollte Kant vielleicht sagen, die Billigkeit sey eine unvollkommene Pflicht, und es sey dem Gewissen eines Jeden überlassen, ob und wie viel dem Anderen aus dem Grunde der Billigkeit zu bewilligen sey, kein Richter könne darüber entschei-

---

[1]) S. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre von Immanuel Kant S. 39.

den! — Gleichwohl lassen seine Worte keine andere Auslegung zu, als die vorher angegebene, besonders wenn man die von ihm angegebenen Beispiele hinzunimmt. Allein die Worte am Schluß, wo er vom Gewissensgericht spricht, an welches die Entscheidung über Billigkeit gehöre, geben wieder dem Gedanken Raum, daß Kant sich vielleicht nur nicht richtig ausgedrückt habe.

§. 8.

Klein, der noch früher, ehe Kants metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre erschienen waren, eine eigene Abhandlung über die Billigkeit bei Entscheidung der Rechtsfälle schrieb [1]), lehrt, daß beide Wörter: „Recht und Billigkeit" etwas moralisch Gutes bedeuteten; nur die Grenzlinie, welche sie trennt, sey schwer zu bestimmen. Das Wort: „gerecht" schließe, in allen seinen Bedeutungen, den Begriff der vollkommenen Regelmäßigkeit in sich. Wenn die Billigkeit auch etwas moralisch Gutes seyn solle, so müsse sie keine Abweichung von einer verbindlichen Regel enthalten. Keine Ungerechtigkeit könne mit dem schönen Namen der Billigkeit ausgeschmückt werden. Solle daher ein Unterschied zwischen Recht und Billigkeit Statt finden, so müsse die Gerechtigkeit der Billigkeit noch einen gewissen Wirkungskreis übrig gelassen haben; und dieser sey in der That vorhanden. Die Gerechtigkeit bestehe in der genauen Befolgung der Pflichten gegen Andere. Nun gebe es aber eine Menge von Handlungen, wodurch zwar keine Zwangspflicht verletzt werde, die aber doch auch nicht gut geheißen werden könnten. Von diesen würden nun diejenigen unbillig

[1]) Kleins Annalen Band I. S. 457.

genannt, welche sich auf unsere Nebenmenschen bezögen. Ein billiger Mann müsse also zum Besten Anderer ein Mehreres thun, als wozu er mit Recht gezwungen werden könne. Allein dieser Begriff sey noch zu weit. Ein wohlthätiger Mann thue auch zum Besten Anderer mehr, als die Gesetze beföhlen, aber billig nenne man ihn erst dann, wenn seine Wohlthaten der Würdigkeit und den Bedürfnissen derer, welchen er solche erzeige, angemessen seyen. Die Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse, Umstände und Bedürfnisse der Personen sey eine Eigenschaft, welche von der Billigkeit nicht getrennt werden könne. Die strenge Gerechtigkeit sehe allein darauf, daß die allgemeine Regel, von deren Beobachtung das Wohl des menschlichen Geschlechts, des Staats oder irgend einer besonderen Gesellschaft abhänge, nicht verletzt werde. Obgleich die Billigkeit von einem nicht geringeren Eifer für das allgemeine Beste belebt seyn müsse, so nehme sie doch dabei zugleich auf das besondere Wohl der Einzelnen Rücksicht, welche die zu diesem Zweck gegebenen Regeln beobachtet oder verletzt hätten. Die Gerechtigkeit halte sich kurzweg an ihre allgemeine Regel, ohne sich sehr um die Folgen zu bekümmern, welche aus der Beobachtung oder Verletzung derselben entsprängen. Diese begnüge sich oft an dem abgezogenen Begriff, während jene den allgemeinen Begriff auf die Individuen, von welchen er genommen worden, wieder zurückführe.

Dann wendet sich Klein zu der Frage, was unter der Billigkeit des Richters zu verstehen sey, wenn diese dem strengen Recht entgegengesetzt wird. Hier sey der Unterschied zwischen strenger Gerechtigkeit und Billigkeit nicht mehr in seinem ganzen Umfange brauchbar. Der Richter habe die Verhältnisse der Parteien nicht gegen sich, sondern

unter ihnen selbst zu beurtheilen. Doch werde von dem angegebenen Unterschiede noch übrig bleiben, daß die Strenge des Rechts sich an die allgemeine Regel halte, die Billigkeit aber zugleich auf die gute oder schlimme Wirkung Rücksicht nehme, welche die Anwendung der Regel im gegebenen Fall haben würde. Deswegen setzten diejenigen Rechtsgelehrten, die von der Billigkeit geschrieben hätten, die Billigkeit des Richters vorzüglich in die vernünftige Erwägung der zu beurtheilenden Thatsachen. Sie verlangten ferner, daß ein billiger Richter die durch positive Gesetze eingeführte Ungleichheit so viel möglich mildern und überall auf die menschliche Schwachheit Rücksicht nehmen solle. Welchen Begriff aber auch die Rechtsgelehrten mit der Billigkeit verknüpfen möchten, so kämen sie doch fast alle darin überein, daß das strenge Recht in einer steifen Anhänglichkeit an die Theorie, die Billigkeit aber in einem vernünftigen Ermessen der Folgen bestehe, welche die Anwendung derselben auf das Wohl des Staats und die einzelnen Mitglieder haben könnte.

So weit Klein. Daß es diesem Schriftsteller nicht gelungen sey, etwas Befriedigendes über Billigkeit zu sagen, bedarf keiner Auseinandersetzung und wird die Folge lehren.

§. 9.

Obwohl ich den von Kant angeführten Grund, warum das Billige nicht erzwingbar sey, nicht für richtig oder doch nicht für richtig ausgedrückt erkennen kann, so ist doch in dem Wenigen, was er über Billigkeit lehrt, auch einiges Wahre. Er bemerkt gleich zu Anfange: „Mit jedem Recht in enger Bedeutung (jus strictum) ist die Befugniß zu zwingen verbunden. Aber man denkt sich noch ein Recht

im weiteren Sinne (*jus latum*), wo die Befugniß zu zwingen durch kein Gesetz bestimmt werden kann“ [1]).

Diese Idee stimmt mit der Etymologie des Wortes überein. Daß die Billigkeit ein zweites Recht sey, darauf deuten die verwandten Ausdrücke hin, deren sich zur Bezeichnung der verwandten Begriffe die Sprache bedient, die deutsche nicht allein, sondern auch die römische, wie die griechische. Ja, man denkt sich hier ein zweites Recht, neben dem gesetzlichen, was an keine feste Regel gebunden ist, ein Recht, was bei Gericht nicht durchgesetzt werden kann, nicht deshalb, weil es, wie Kant lehrt, zweifelhaft ist, sondern weil es überhaupt bei Gericht nicht gilt, ein Recht gleichsam von einem untergeordneten Range, was schwächer, als das gesetzliche, im Kampf gegen dieses nicht bestehen kann. Recht und billig sind nur verschiedene Zweige, die auf demselben Stamm gewachsen sind. Man unterscheidet das Billige auch nicht eigentlich von dem, was recht ist, sondern von dem strengen Recht.

§. 10.

Aristoteles hat es wohl erkannt, daß der eigentliche Grund des Unterschiedes zwischen dem, was recht, und dem, was billig ist, in der Natur des Gesetzes beruht, welches eine allgemeine Regel aufstellt, die nicht für alle darunter begriffenen Fälle gleich passend ist. (So weit ist richtig, was

---

[1]) Kant setzt noch hinzu: „Dieser wahren oder vorgeblichen Rechte sind nur zwei: die Billigkeit und das Nothrecht, von denen die erste ein Recht ohne Zwang, das zweite einen Zwang ohne Recht annimmt, und man wird leicht gewahr, daß es Fälle eines bezweifelten Rechts gibt, zu deren Entscheidung kein Richter aufgestellt werden kann.“ S. Kant a. a. O. S. 38.

Aristoteles lehrt.) Es kommen häufig Fälle vor, die so geartet, von solchen Umständen begleitet sind, daß die Anwendung des Gesetzes auf sie hart, strenge, ja, zu hart, zu strenge erscheint, so daß eben in dieser zu großen Härte oder Strenge eine Art von Unrecht zu liegen scheint; Fälle dieser Art sind es, in welchen zwischen dem, was dem strengen Recht, und dem, was der Billigkeit gemäß ist, unterschieden wird. Die Sprache bezeichnet diese Art von Unrecht, die ein gelinderes zu seyn scheint, mit dem gelinderen Namen des Unbilligen und unterscheidet davon das gesetzliche oder eigentlich so zu nennende Unrecht. Der bloße Umstand, daß ein gewisses Gesetz in gewissen Fällen zu hart oder zu strenge erscheint, ist kein Grund für den Richter, es in solchen Fällen nicht anzuwenden, wiewohl Aristoteles es zu glauben scheint, — wäre das, dürfte der Richter die Mängel des Gesetzes verbessern, so würde der Unterschied zwischen recht und billig so gut als gar nicht vorhanden seyn — wohl aber ist es ein Grund für den Gesetzgeber, das zu allgemeine Gesetz einzuschränken, und für den Einzelnen, keinen Gebrauch davon zu machen. Ist der Fall einmal unter dem Gesetz enthalten, so muß das Gesetz darauf angewandt werden, wie hart und drückend das Gesetz in diesem Fall immer seyn mag. Quod quidem perquam durum est, sagt bei einer solchen Gelegenheit der römische Rechtsgelehrte, sed ita lex scripta est [1]). So ist das Gesetz, daß Jeder sein Versprechen erfüllen muß, in der Anwendung auf einzelne Fälle oft sehr hart, namentlich wenn die Umstände sich geändert haben, unter denen das Versprechen gegeben ward. Die Veränderung der Umstände ist aber kein Grund,

---

[1]) L. 12. §. 1. D. Qui et a quibus manumissi.

weshalb der Andere von der Verbindlichkeit, sein Versprechen zu erfüllen, frei gesprochen werden könnte [2]). Von Ungerechtigkeit kann hier nie die Rede seyn, wohl aber in manchen Fällen von Unbilligkeit.

Die Gerechtigkeit will, daß geschehe, was dem Gesetz gemäß ist, sie ist hart und unbeugsam, hält sich strenge an das Gesetz und wendet es auf alle darunter begriffene Fälle an, ohne auf die besonderen Umstände Rücksicht zu nehmen, womit sie begleitet sind. Hingegen die Billigkeit will Niemanden zu nahe thun, wiewohl sie es könnte, da sie das Gesetz auf ihrer Seite hat; in diesem allgemeinen Bestreben und an keine sonstige Regel gebunden — denn die Billigkeit richtet sich nach keiner allgemeinen Regel, aber sie bezieht sich auf eine —, nimmt sie, wenn von der Anwendung des Gesetzes auf einzelne darunter begriffene Fälle die Rede ist, Rücksicht auf die Schwäche des Menschen, besonders dieses Menschen, überhaupt auf die Individualität des Einzelnen, zieht sie die besonderen Umstände in Betrachtung, womit der individuelle Fall begleitet ist, versetzt sie sich gern in die Lage des Anderen — dieß Letztere ist eigentlich an sich selbst kein Grund zur Billigkeit, sondern nur ein Mittel, Gründe zur Billigkeit und deren Stärke zu ermessen — und verändert zwar nicht das Recht nach der besonderen Natur des vorliegenden Falles —

---

[2]) Wiewohl die Alten es, unter Berufung auf zwei Stellen des römischen Rechts, nämlich L. 38. und L. 82. D. de solut. zu behaupten pflegten. Unter Anderen lehrt Leyser: „Pactum obligatorium esse desinit, si facies rerum prorsus immutetur." S. *Leyser* spec. 40. med. 4. Weber widerlegt diese Behauptung in der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 90.

denn, das Recht zu verändern, geht über ihre Macht —, sie ist aber geneigt, wenn es nach ihr geht, das Gesetz, wenn sie es für diesen besonderen Fall nicht angemessen, zu hart, zu strenge findet, für diesen Fall, und folglich auch für alle Fälle derselben Art, ganz oder zum Theil bei Seite zu setzen. Sie beurtheilt den Fall auf ihre Art, prüft das Gesetz und wenn sie es der besonderen Natur dieses Falles nicht angemessen findet, setzt sie sich darüber hinweg. Die Billigkeit, die sich nach den Umständen bequemt, läßt Gründe gelten, die auf der Wage der Gerechtigkeit nicht in's Gewicht fallen würden; — sie nimmt es überhaupt nicht so genau, wie die Gerechtigkeit, — verlangt auch keine so strengen Beweise, wie diese, sondern begnügt sich auch in dieser Hinsicht mit dem, was nach den Umständen zu haben ist. Die Gründe für die Billigkeit, wie sie sich aus den Umständen ergeben, können mehr oder weniger dringend, mehr oder weniger einleuchtend seyn, es ist daher bald von Billigkeit, bald von großer Billigkeit, bald von der größten die Rede, auch wohl von offenbarer Billigkeit u. s. w. Die Billigkeit räumt es ein, wenn man es genau nehmen wollte, könne das nicht gefordert werden, was sie begehrt; sie könne ihre Forderungen nicht strenge rechtfertigen; m. a. W. das Gesetz und die dadurch aufgestellte allgemeine Regel spreche nicht für sie; — aber wenn man Rücksicht nehme auf die Umstände, auf die Schwäche des Menschen, besonders dieses Menschen, wenn man nicht mehr von ihnen verlange, als man ihnen ohne Ungerechtigkeit, Härte, Grausamkeit u. s. w. zumuthen könne, so werde man ihre Forderungen nicht so ganz verwerflich finden. Das Rücksichtnehmen auf die Umstände, die das Gesetz nicht berücksichtigt hat, auf die Schwäche des Menschen u. s. w. ist das Characteristische

der Billigkeit, worin wohl Alle übereinstimmen. Was die strenge Gerechtigkeit durch Anwendung der strengen Rechtsregel auf Fälle vorliegender Art verderben würde, das bemüht die Billigkeit sich, wieder gut zu machen. Ihr ist es mehr um die Sache, als um die Befolgung der Rechtsregel zu thun, oder vielmehr an dieser ist ihr nichts, an der Sache alles gelegen. Sie erscheint überhaupt im Character der Milde, Schonung, Gütigkeit, ganz verschieden von ihrer strengen Schwester, die ihren Blick starr auf das Gesetz gerichtet, nichts Anderes sieht, als dieses, der es schon genug ist, wenn nur die Bedingungen des Gesetzes überhaupt vorhanden sind, um es ohne weitere Rücksicht darauf anzuwenden [3]).

Alle die Eigenheiten, wodurch sich diesemnach die Billigkeit von der Gerechtigkeit unterscheidet, sind in der Natur der Billigkeit gegründet — und worauf könnten sie auch sonst gegründet seyn? —, sie ergeben sich als eine Folge daraus ganz von selbst. Die Billigkeit will die zu große Strenge des Gesetzes in einzelnen Fällen mäßigen; ihr Geschäft ist, die Art von Unrecht zu verhüten, welche durch Anwendung des für einzelne Fälle zu harten Gesetzes in diesen Fällen geschehen würde; sie hält sich daher an den besonderen Fall, nimmt die Gründe ihrer Entscheidung aus der jedesmaligen Beschaffenheit desselben, sieht folglich auf die individuelle Person und auf die individuelle Sache, zieht mithin die besonderen Umstände in Betrachtung; während das Gesetz

[3]) Die Billigkeit kann sich auch im Unterlassen äußern. Der Billige fordert vom Anderen nicht, was er dem Anderen verweigern würde, er thut Anderen nicht, wovon er nicht will, daß es ihm geschehe, er verdammt Fehler an Anderen nicht, wovon er sich bewußt ist, daß er sie selbst an sich habe.

sich darauf beschränkt, auf diejenigen Merkmale zu sehen, die dieser Fall mit anderen gemein hat, nimmt sie Rücksicht auf die eigenthümlichen Merkmale desselben; — dabei wird sie bloß durch das allgemeine Bestreben geleitet, Niemanden zu nahe zu thun, und ist, wie gesagt, an keine andere Regel gebunden; sie hat daher viel freiere Hände, als die Gerechtigkeit. Sie bekleidet, kann man sagen, ein anderes Amt, als die Gerechtigkeit, oder — wenn man lieber will — ein Nebenamt bei der Gerechtigkeit.

Bisweilen stimmen die Aussprüche der Gerechtigkeit und Billigkeit mit einander überein; dann pflegt es zu heißen, dieß oder jenes — was es nun gerade ist — sey recht und billig; in anderen Fällen weichen beide von einander ab.

Wenn z. B. die Frage entsteht, ob der Schiffer das ihm zur Führung anvertraute Schiff verlassen darf, wenn es in Gefahr geräth, unterzugehen, z. B. vom Eise zertrümmert zu werden, so werden beide denselben Fall auf ganz verschiedene Art entscheiden. Die Gerechtigkeit wird sagen: „er darf es nicht," und die Billigkeit wird ihn in Schutz nehmen, wenn er es thut. Jene wird sagen: „er hat sich verbindlich gemacht, das Schiff in den Hafen zu führen, und muß sein Versprechen erfüllen;" diese wird für ihn anführen: „man konnte ihm nicht zumuthen, um das Schiff zu erhalten, sein Leben in Gefahr zu setzen."

Setzen wir ferner, ein Schiff auf der See geräth in Gefahr, unterzugehen, und, um es zu erleichtern und dadurch vom Untergange zu retten, müssen gewisse Güter ausgeworfen werden; in diesem Fall würde ohne positive Gesetze jure perfecto nicht gefordert werden können, daß der durch den Seewurf entstandene Schade von allen denjenigen, denen er zum Besten gereichte, nämlich von den Eigenthümern des

Schiffs und der durch den Seewurf geretteten Güter gemeinschaftlich getragen werde; denn die Pflicht dazu könnte nur aus einem Vertrage hergeleitet werden, und daran fehlt es; aber die größte Billigkeit spricht dafür, daß derjenige, dessen Güter für Alle ausgeworfen werden mußten, den Schaden nicht allein übernehmen müsse, während die Anderen den Vortheil davon allein einernten, daß vielmehr ein Opfer, was zum Besten Aller gereicht hat, auch von Allen mit gleichen Schultern getragen werde. Die Uebrigen, die sich weigern würden, ihren Antheil zum Ersatz des Schadens beizutragen, würden demjenigen, der den Schaden erlitten hat, zu nahe thun.

Die Rücksichten, welche die Billigkeit nimmt auf die besonderen Umstände, auf die Schwäche des Menschen u. s. w., bewegen sie nur in so weit zur Nachsicht, als aus jenen Umständen hervorgeht, daß dem Anderen zu nahe geschehen würde. Die Rechtsregel muß auch unter diesen Umständen anwendbar seyn; aber die Billigkeit setzt sie bei Seite, weil sie ihretwegen findet, daß dem Anderen der Sache nach zu nahe geschehen würde; sie widersetzt sich den übertriebenen Forderungen der Gerechtigkeit. Geht sie über diese Schranken hinaus, ist es nicht die Furcht vor dem Unrecht, was sie zum Handeln bewegt, so kann das, was sie thut, löblich seyn, billig ist es nicht. Die bloße Rücksicht auf die Folgen, welche die Befolgung der Rechtsregel für den Einzelnen haben würde, die Sorge für die Wohlfahrt des Staates und der Einzelnen machen den Character der Billigkeit nicht aus. Es ist nicht das Geschäft der Billigkeit, Wohlthaten zu erweisen, sondern Unrecht zu verhüten, was aus der Anwendung der Rechtsregel auf einzelne Fälle hervorgehen würde.

Auch wird man nicht von Unbilligkeit reden, wenn Je-

manden Schuld zur Last fällt, derentwegen die Anwendung des Gesetzes auf Fälle dieser Art, die man unter anderen Umständen mißbilligen würde, als eine verdiente Strafe, mithin als kein Unrecht erscheint. Wenn z. B. Jemand sich mit einem reichen Frauenzimmer verlobt hat, was nach der Verlobung verarmt, und nun die Frage entsteht, ob er ungeachtet dieser Veränderung der Umstände sein gegebenes Wort halten müsse, so wird vor dem Gerichtshofe der Billigkeit dieser Fall nach Verschiedenheit der Umstände verschieden beurtheilt werden. Hat der Bräutigam auf das Vermögen der Braut gerechnet, weil er ohne das nicht im Stande war, die Lasten des Ehestandes zu tragen, so wird man es zwar nicht unrecht, aber unbillig finden, wenn sie ihn zwingen will, sein unter anderen Umständen gegebenes Wort zu erfüllen. Anders wird man urtheilen, wenn der Verlobte nur dem Gelde nachgetrachtet hat, und die Ehe mit dieser Person für ihn ein modus acquirendi war; wird er nun genöthigt, die versprochene Ehe zu vollziehen, dabei wird man nichts Unbilliges finden.

Da das Billige kein gesetzliches Ansehen hat, und folglich bei Gericht nicht gilt, und nicht erzwungen werden kann, so ist es Güte, wenn der Einzelne billig handelt, aber keine reine Güte, sondern eine von der allgemeinen Gerechtigkeit gebotene. Der Einzelne, der auf die Stimme der Billigkeit nicht hört, thut seinem Gegner zu nahe.

§. 11.

Billig kann der Einzelne gegen den Einzelnen, billig der Gesetzgeber, billig der Richter seyn.

Der Einzelne handelt billig gegen den Einzelnen, wenn er Ansprüche, die er an den Anderen zu machen hat,

obgleich sie nach strengem Recht gegründet sind, um dem Anderen nicht unter dem Schutz der Rechtsregel zu nahe zu thun, aufgibt oder mäßigt; nicht weniger, wenn er in anderen Fällen Forderungen des Anderen, derentwegen dieser nach strengem Recht nicht klagen kann, die bloß auf Billigkeit beruhen, befriedigt.

Billig kann der Gesetzgeber seyn, wenn er bei seinen Gesetzen auf Billigkeit Rücksicht nimmt, die Vorschriften der Billigkeit zu Zwangsgesetzen erhebt, oder die Zwangsgesetze der Billigkeit wegen einschränkt. Der Gesetzgeber kann nicht nur auf Billigkeit Rücksicht nehmen, sondern in vielen Fällen muß er es auch. Wenn keine höhere Rücksichten ihn daran hindern, gebührt es ihm, das zu strenge Recht da, wo das summum jus wirklich summa injuria seyn würde, durch Billigkeit zu mildern. Ohne alle Rücksicht auf Billigkeit kann es bei der Gesetzgebung gar nicht abgehen. Das bloße strenge Recht ist für Menschen, wenigstens für Menschen, die sich zur Beförderung ihrer Wohlfahrt in Gesellschaft vereinigt haben, die wohl gar durch das doppelte Band des Staates und der Religion mit einander vereinigt, in Frieden und Freundschaft neben einander wohnen, sich einander beistehen und das Leben eher erleichtern, als erschweren sollten, viel zu strenge. Die Gesetzsammlung Justinian's, deren Weisheit sich im Laufe so vieler Jahrhunderte bewährt hat, ist voll von Bestimmungen, die auf Billigkeit beruhen und theils erst bei näherer Untersuchung, theils schon auf den ersten Blick für solche erkannt werden. Besonders ließen die Prätoren sich angelegen seyn, Billigkeit in die Rechtspflege einzuführen. So ist es namentlich in allen Fällen der restitutio in integrum, ingleichen bei den Einreden im vorzüglichen Sinne des römischen Rechts, be-

sonders auch bei der exceptio doli generalis darauf abgesehen, das strenge Recht durch Billigkeit zu mildern, nämlich demjenigen, dem durch Anwendung der an sich anwendbaren Rechtsregel auf Fälle der vorliegenden Art — occasione juris civilis — zu nahe geschehen würde, mit Umgehung des Gesetzes zu Hülfe zu kommen [1]). (Denn was ist restitutio in integrum anders, als eine Art, das Gesetz zu umgehen? Statt das Geschäft als ungültig zu behandeln, wird der Verletzte in den vorigen Zustand zurückversetzt. Das heißt das Gesetz scheinbar unangetastet lassen und es in der Wirklichkeit verletzen).

Billig kann dann auch, wenigstens de facto, der Richter seyn, und er ist es, wenn er bei seinen Urtheilen und Verfügungen, statt sich genau an das Gesetz zu halten, auf Gründe der Billigkeit Rücksicht nimmt. Aber mit der Billigkeit des Richters hat es eine ganz andere Bewandniß, als mit derjenigen des Einzelnen und des Gesetzgebers. Bei diesen, namentlich bei dem Ersteren, ist Billigkeit etwas Willführliches, wenigstens etwas, wozu sie nicht genöthigt werden können. Aber wenn der Richter billig seyn darf, so muß er es auch seyn; er verletzt seine Amtspflicht eben so gut, wenn er ungerecht, als wenn er unbillig zu Werke geht. Wie könnte es einem Richter erlaubt seyn, nach Willführ zu handeln! — Der Richter darf jedoch nicht billig seyn. Die Billigkeit, die für den Einzelnen eine Tugend ist, für den Richter ist sie ein Fehler. Die Billigkeit sucht zwar den Mängeln des zu allgemeinen und, wie Aristoteles sich

---

[1]) L. 1. §. 1. D. de doli mali et metus except. L. 12. D. eod. L. 26. §. 9. D. Ex quibus causis maj. L. 1. 2. 3. 7. D. de in integr. rest.

ausdrückt, durch seine Allgemeinheit fehlerhaften Gesetzes abzuhelfen, aber es ist nicht der Beruf des Richters, den Mängeln der Gesetzgebung abzuhelfen. Ein Richter soll sich strenge an die Gesetze binden, an die Gesetze, wie sie sind; er soll Jedem zusprechen, was er nach den Gesetzen fordern kann, Jedem auflegen, was er nach den Gesetzen schuldig ist. Er kann nicht billig seyn, ohne sich von den Gesetzen zu entfernen. Ein billiger Richter ist ein ungerechter Richter. Selbst, wenn es an Gesetzen fehlt, muß der Richter nicht billig, sondern gerecht seyn. Billigkeit kann der Richter nur üben, wenn das Gesetz es ihm erlaubt hat. Dann tritt der Richter aus den engen Schranken, die das Gesetz gezogen hat; er ist zugleich Richter und Gesetzgeber. Aber seine Billigkeit artet leicht in Willkühr aus; es kömmt nun auf die Persönlichkeit des Richters, ja auf die augenblickliche Stimmung an, in der er sich gerade befindet, auf das Glück dessen, der vor ihm steht. Ungleiche Rechtspflege ist unvermeidlich. Es möchte noch hingehen, wenn der Richter in Strafsachen schonend und milde ist, nämlich, wenn wirkliche Gründe der Billigkeit dem Strafbaren zu Statten kommen — bisweilen ist die Milde des Richters in Strafsachen nichts anderes, als eine Begünstigung der schlechten auf Kosten der ehrlichen Leute —, aber wenigstens in Privatrechtsverhältnissen muß strenges Recht walten, ein Recht, welches so fest ist, daß Jeder mit Sicherheit darauf bauen und seine Einrichtungen danach treffen kann, welches nicht heute Recht und morgen Unrecht ist.

Endlich kann auch der Ausleger des Gesetzes Billigkeit üben, aber die Billigkeit des Auslegers ist eine ganz andere, als diejenige, wovon hier die Rede ist. Der Ausleger übt Billigkeit, wenn er nicht strenge an den Worten

des Gesetzes klebt, wenn er mehr das berücksichtigt, was der Gesetzgeber sagen wollte, als was er gesagt hat, der Kern ihm mehr gilt, als die äußere Schale der Worte. Diese Art von Billigkeit gehört gar nicht hierher, wenn man nicht nach dem Beispiel der alten Rechtsgelehrten die Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers mit der Billigkeit vermengen will, wovon ich weiterhin mehr zu sagen Gelegenheit haben werde.

§. 12.

Wenden wir uns jetzt zu dem, was das römische Recht über Billigkeit enthält.

Hier stößt uns zuvörderst in der lateinischen Sprache dieselbe Erscheinung auf, die wir in der deutschen wahrgenommen haben. Die Vorstellungen recht und billig werden durch dasselbe Wort ausgedrückt, zum Beweise, daß die Begriffe, wie die Worte, am Ende zusammentreffen. Die Ausdrücke *aequum* und *aequitas* bedeuten nicht bloß billig und Billigkeit, sondern auch, was gleich, gerade, recht ist; sie stimmen in ihrer Grundbedeutung mit unseren Ausdrücken billig und Billigkeit, die ursprünglich auch mit recht gleichbedeutend sind, überein. Ich kann mich nicht dabei aufhalten, dieß ausführlich auseinanderzusetzen. Wer nur alle die Redensarten, die unter *aequus* und *aequitas* bei Brisson vorkommen, nachliest, wird finden, daß jene Ausdrücke sich bald durch recht und bald durch billig wiedergeben lassen und daß es bisweilen zweifelhaft ist, welche Bedeutung den Vorzug verdiene. Daß *aequus* und *aequitas* nicht bloß bedeuten, was wir billig nennen, daß sie auch mit recht und Gerechtigkeit gleichbedeutend sind, geht ja auch aus dem Gegentheil hervor, nämlich aus dem,

was *iniquus* und *iniquitas* bedeuten. Die letzteren Ausdrücke werden wohl mehr in der Bedeutung von ungerecht und Ungerechtigkeit gebraucht, als von unbillig und Unbilligkeit; z. B. werden sie häufig in Beziehung auf das fehlerhafte Urtheil gebraucht; die sententia *iniqua* steht der sententia *nulla* entgegen. An manchen Stellen scheint es, als würden sie als ein etwas milderer Ausdruck für *injustus* und *injustitia* gebraucht. Ich beziehe mich auch hier wieder auf die bei Brisson unter *inique*, *iniquus* und *iniquitas* vorkommenden Stellen. Für das bloß Billige hat das römische Recht einen eigenen Ausdruck: *aequum et bonum*, gleichsam etwas, was aus Recht und Güte zusammengesetzt ist.

Was ist nun aber *aequum* da, wo es nicht für gerecht gebraucht wird? Ganz dasselbe, was wir mit dem Worte: billig bezeichnen. Daß natürliches Recht, im Gegensatz des Satzungsrechts, darunter verstanden werden sollte, daran zweifle ich sehr. Es ist nicht einmal einzusehen, wie ein solcher Sprachgebrauch sich hätte bilden können. Ist denn immer ein Unterschied zwischen dem natürlichen und dem Satzungsrecht? Das Satzungsrecht, zumal das römische, ist in sehr vielen Fällen, ja in den meisten, nichts als natürliches, durch Nachdenken über die Natur der Sache gefundenes Recht. Warum also dem natürlichen Recht ein Prädicat beilegen, was mit eben dem Recht auch dem Satzungsrecht nicht nur zukommen kann, sondern in den meisten Fällen wirklich zukommt? Selbst aus dem Widerstreit des natürlichen Rechts mit dem positiven geht keine Billigkeit hervor. Das natürliche Recht, verdrängt durch das positive, hat für diesen Staat aufgehört, Recht zu seyn, ist aber deshalb nicht Billigkeit geworden. Und wie paßt

für das natürliche Recht, im Gegensatz des positiven, der Ausdruck: *aequum et bonum?* Man wird wenigstens den Zusatz: *et bonum* beim natürlichen Recht sehr entbehrlich finden. Die Stellen endlich, die den Sprachgebrauch beweisen sollen [1]), beweisen nichts. Aequitas wird in diesen Stellen ganz im gewöhnlichen Sinne für Billigkeit gebraucht.

§. 13.

Es kommen mehrere Aeußerungen im römischen Recht vor, die sich auf *aequitas* beziehen und auf das Verhältniß derselben zum strengen Recht. Unter den Rechtsregeln finden wir folgende Stelle des Paulus:

L. 90. *D. de reg. jur.*

In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est.

Ist dieß eine Maxime, bestimmt für den Gesetzgeber oder für den Richter? Ich denke, für den Richter. Es folgt dieß schon aus dem Orte, wo man sie findet. In den Schriften eines Rechtsgelehrten könnte sie freilich auch Maxime für den Gesetzgeber seyn; hier aber in einer Gesetzsammlung, mithin in einer Unterweisung, die den schon entschiedenen Willen des Gesetzgebers ausspricht, und besonders zur Unterweisung für den Richter dienen soll, was kann sie hier anders bedeuten, als daß der Richter auf Billigkeit Rücksicht nehmen soll? —

Wichtiger, als diese, sind zwei Stellen im Codex:

1) *L.* 1. *C. de leg.*

Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.

---

[1]) L. 14. D. de condict. indebiti. L. 32. D. de peculio. L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

Der Sinn dieser Stelle kann kein anderer seyn, als: dem Ausleger steht es nicht zu, zu beurtheilen, ob das Gesetz gerecht oder ob es ungerecht und als ungerecht bei Seite zu setzen sey; das Urtheil darüber ist dem Gesetzgeber vorbehalten; der Richter muß das Gesetz nehmen und anwenden, wie es ist [1]).

2) Die zweite Stelle, die, gleich der vorigen, von Constantin herrührt, scheint hiermit in Widerspruch zu stehen:

L. 8. C. de judiciis.

Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem.

Zuvörderst ist zu bemerken, was die Ausleger übersehen zu haben scheinen, daß nicht bloß aequitas allein und strictum jus einander entgegengesetzt werden, sondern *justitia et aequitas.*

Unter der aequitas ist, den Glossographen zufolge, aequitas scripta gemeint. Allein dieß ist ein offenbarer Irrthum, der jedoch den Glossographen nicht zur Last fällt, denn zu ihrer Zeit war diese fehlerhafte Lesart die gewöhnliche [2]). Connan bemerkt, eine aequitas scripta könne es gar nicht geben [3]).

---

[1]) S. auch L. 9. C. eod. Andere Erklärungen der im Text angeführten Stelle s. bei *Vinn.* select. quaest I. 2. und bei *Hofacker* princ. jur. civ. tom. I. §. 155.

[2]) Die alten Handschriften haben das Beiwort *scripta* nicht, bemerkt Duaren und hält es für einen Zusatz unwissender Ausleger.

[3]) Aequitas scripta esse non potest, sed eam intelligamus, quae scripto juri subministrat naturae bonitatem et clementiam: *Connan.* Com. jur. civ. lib. 1. cap. 11. Auch Donellus verwirft die aequitas scripta. Nam si aequitas est juris scripti emendatio et quasi interpretatio legis, legis sententiam retinens, et in re aperte scripta non est opus interpretatione,

Eine aequitas scripta könnte es allerdings wohl geben, wenigstens eben so gut, wie es eine ratio scripta geben kann, aber eine Billigkeit, die zum Gesetz erhoben ward, würde aufhören, Billigkeit zu seyn, wenigstens aufhören, als Billigkeit in Betrachtung zu kommen; die Billigkeit, selbst Gesetz geworden, könnte dem Gesetz nicht entgegengestellt werden und jene Stelle, die jetzt verstanden werden kann, würde, wenn unter der aequitas eine aequitas scripta in diesem Sinne gemeint wäre, unverständlich werden, um nicht zu sagen, sinnlos.

§. 14.

Die späteren Ausleger beziehen die Stelle auf die Auslegung des Gesetzes. Der Richter dürfe zwar das besondere Gesetz nicht bei Seite setzen, weil es hart, ungerecht oder unbillig sey; davon handle die vorige Stelle — L. 1. C. de leg. —; allein ein allgemein lautendes Gesetz müsse nach der Billigkeit ausgelegt werden; man müsse solche Fälle davon ausnehmen, in welchen das Gesetz hart, ungerecht, unbillig sey; ein strenges Gesetz müsse strenge befolgt werden, aber, wenn die allgemeine Fassung des Gesetzes den Willen des Gesetzgebers zweifelhaft mache, sey anzunehmen, daß diejenigen Fälle auszunehmen, in welchen das Gesetz unbillig erscheine.

Besonders lehrt Doneau [1]), die Billigkeit sey, gleich dem Hinwegfallen des gesetzlichen Grundes, ein Grund, das

---

non potest ulla aequitas scripta intelligi. Sed, ut concedamus, aequitatem scriptam aliquam recte dici: tamen illud non potest defendi, ut dicamus, habendam rationem aequitatis scriptae: quasi non scriptae ratio non sit habenda. Quo quid magis falsum est?

[1]) Com. jur. civ. lib 1. cap. 13. §. 6.

Gesetz in einzelnen Fällen, die darunter enthalten seyn würden, nicht anzuwenden. Eine solche Auslegung sey dem Willen des Gesetzgebers gemäß; denn vom Gesetzgeber sey anzunehmen, daß er, was recht und billig ist, gewollt habe. Daher heiße es in der *L.* 18. *D. de leg.:* Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur. Den eigentlichen Beweis jenes Satzes, daß Gesetze nach der Billigkeit einzuschränken und einzelne Fälle davon auszunehmen, enthielten, außer der eben erwähnten L. 18. D. de leg, die (vorher angeführte) L. 90. D. de reg. jur. und diese (eben angeführte) L. 8. C. de judiciis. Der Sinn dieser Stelle sey wenn das Gesetz allgemein laute, es würde aber in gewissen, den Worten nach darunter enthaltenen, Fällen ungerecht oder unbillig seyn, dann müsse man mehr auf Gerechtigkeit und Billigkeit sehen, als auf die Worte des Gesetzes; man müsse Fälle dieser Art vom Gesetz ausnehmen. Die römischen Gesetze enthielten unzählige Beispiele der Befolgung dieser Regel, z. B. L. 40. pr. D. de hered. pet., L. 91. §. 3. D. de verb. obl. Die Regel leide nur dann eine Ausnahme, wenn aus dem Gesetz erhelle, das Gesetz solle in allen darunter begriffenen Fällen befolgt werden, selbst in denjenigen, in welchen es ungerecht scheinen möchte, wovon L. 12. D. Qui et a quibus manumissi ein Beispiel enthalte. Die L. 1. C. de leg. sey mit L. 8. C. de judiciis nicht im Widerspruch. In jener sey die Rede von gänzlicher Aufhebung des Gesetzes; diese stehe dem Richter nicht zu, sondern nur dem Gesetzgeber; der Richter dürfe das Gesetz als unbillig nicht bei Seite setzen; in dieser sey die Rede davon, ein beizubehaltendes Gesetz der Billigkeit wegen einzuschränken, d. h. gewisse Fälle davon aus-

zunehmen; dieß stehe dem Richter zu; denn eine solche Einschränkung sey dem Gesetz gemäß.

Was Doneau lehrt, dasselbe lehrt auch Bachov [2]), ingleichen Brunnemann [3]), ferner Vinnius [4]). Duaren hält sogar Billigkeit und milde Auslegung für einerlei, und er ist nicht der Einzige, der so denkt; im Grunde hegen alle übrigen dieselbe Ansicht [5]). Namentlich denkt auch Hofacker so, der aber unter Billigkeit natürliches Recht versteht [6]).

§. 15.

Man scheut sich billig, Männern zu widersprechen, die in die Geheimnisse ihrer Wissenschaft so, wie diese, eingeweiht sind, zumal, wenn alle so einstimmig und alle ihrer Sache so gewiß sind; aber wenn eine Lehre doch so gar

---

[2]) ad *Treutlerum* Vol. 1. disp. 1. thesis 2. lit. b.

[3]) ad L. 8. C. de judiciis.

[4]) ad §. 9. J. de jure nat. gent. et civ. nr. 7.

[5]) *Duaren.* disputat. anniversariae lib. 2. cap. 18. de aequitate scripta: Cum certo certius sit, aequitatem seu aequum et bonum nihil aliud esse, quam benigniorem et humaniorem interpretationem, quae scripto comprehensa non est, quam Aristoteles ἐπιείκειαν (Billigkeit) vocat etc. etc.

[6]) Princ. jur. rom. tom. 1. §. 12: Quae jure civili non sunt definita, relicta sunt juri s. aequitati naturali (absolutae, suppletoriae). Sed et quae jure civili sunt constituta, interpretationem non nisi congruam juri naturâli habere possunt. Quodsi itaque adplicando regulam juris civilis generalem ad casum singularem, deveniendum esset ad consequentias juri naturali contrarias, ex praesumta legislatoris civilis voluntate minuenda ac temperanda est oratio legis absoluta; eaque juris civilis (legitimi, stricti, summi, rigoris juris) correctio s. emendatio desumta ex praeceptis juris naturalis, aequitas (applicata, correctoria) dicitur.

keine Haltung hat, wie die ihrige, die Beweise so gar nichts beweisen, die triftigsten Gründe ihr entgegenstehen, dann ist es besser, selbst auf die Gefahr, sich zu irren, durch ihr Ansehen sich nicht irre machen zu lassen, den Pfad, den sie einschlugen, zu verlassen und die Wahrheit auf einem anderen Wege zu suchen.

Zuvörderst kann der Unterschied, den sie zwischen dem allgemeinen und besonderen Gesetz machen, hier gar nicht in Betrachtung kommen. Mit diesem Unterschiede bezieht es sich ja bloß auf den größeren oder geringeren Wirkungskreis des Gesetzes, sonst sind beide nicht verschieden. Auch das besondere Gesetz stellt, gleich dem allgemeinen, eine allgemeine Regel auch für alle darunter begriffene Fälle, und daran kann es hier genug seyn; das allgemeine umfaßt nur eine größere Menge von Fällen, als das besondere, worauf es hier aber nicht ankommt. Denn wenn das besondere nicht gerade ein Gesetz ist, worin *casus in terminis* entschieden ist, so können auch bei dem besonderen Gesetz unter den darunter begriffenen Fällen solche Fälle vorkommen, die mit Umständen begleitet sind, auf welche der Gesetzgeber keine Rücksicht genommen hat, die aber das Gesetz für diesen Fall zu hart, zu strenge machen.

Daß nun ein Gesetz — ohne Unterschied zwischen dem allgemeinen und besonderen — in einzelnen darunter begriffenen Fällen hart, ungerecht, unbillig seyn könne, läßt sich nicht läugnen; aber dagegen kann auf dem Wege der Auslegung nicht geholfen werden, eben so wenig, als dieß geschehen könnte, wenn das ganze Gesetz hart, ungerecht, unbillig wäre. Härte, Ungerechtigkeit, Unbilligkeit haben mit der Auslegung des Gesetzes nichts zu schaffen. Die Auslegung nimmt das Gesetz, wie es ist; sie will bloß wis-

sen, was der Gesetzgeber verordnen wollte; aber die Billigkeit bekümmert sich darum nicht; ihr ist es eher darum zu thun, das Gesetz zu verbessern; sie sieht auf das, was der Gesetzgeber für Fälle dieser Art, für Fälle, die mit Umständen begleitet sind, wie der gegenwärtige, hätte verordnen sollen. Sie setzt das Gesetz, was sie auf Fälle dieser Art zwar anwendbar, aber für sie nicht passend findet, bei Seite und sucht sich andere Regeln ihres Verhaltens, wie sie selbige für Fälle dieser Art mehr angemessen findet. Das arbitrium judicis tritt hier an die Stelle des Gesetzes. Die Gesetzgeber pflegen zwar in manchen Fällen auf Billigkeit Rücksicht zu nehmen, und thun wohl daran, aber deshalb sind wir noch nicht berechtigt, anzunehmen, daß dieß auch in diesem Fall geschehen sey, und noch weniger, daß der Gesetzgeber, ungeachtet der allgemein lautenden Fassung des Gesetzes, diejenigen Fälle habe ausschließen wollen, in welchen die Anwendung des Gesetzes auf Unbilligkeit führen würde. Ein allgemein lautendes Gesetz muß auch allgemein angewandt werden; sollten einzelne darunter begriffene Fälle eine Ausnahme begründen, so hätte es dem Gesetzgeber gebührt, sie auszunehmen. Der bloßen Billigkeit wegen kann ein Gesetz nicht eingeschränkt werden. Die Billigkeit ist ein viel zu schwacher Beweggrund, als daß man daraus auf den Willen des Gesetzgebers schließen könnte. Und hat denn auch der Gesetzgeber das für billig gefunden, was dem Richter oder vielmehr diesem einzelnen Richter billig zu seyn scheint? Denn die Ansichten der Einzelnen über Billigkeit pflegen sehr von einander abzuweichen, und dem Einen scheint billig, was dem Anderen unbillig zu seyn scheint. Bei dem Schweigen des Gesetzgebers muß man vielmehr annehmen, entweder, daß er das Gesetz auch in Fällen dieser Art

für billig hielt, oder, daß er auf Billigkeit hier keine Rücksicht nehmen wollte. Es wäre freilich möglich, daß der Gesetzgeber an Fälle dieser Art nicht gedacht hätte. Aber woher weiß man, daß dieß hier der Fall ist? Man setzt hier etwas voraus, was man gar nicht wissen kann. Gesetzt indessen, der Gesetzgeber hätte sie wirklich nicht bedacht, das wäre ein Grund für den Gesetzgeber, sobald er darauf aufmerksam gemacht würde, das Gesetz zu ändern, kein Grund für den Richter, es auf Fälle dieser Art, die unter dem Gesetz enthalten sind, nicht anzuwenden. Der Richter muß sich an das Gesetz halten, wie es ist. Geht er darüber hinaus, urtheilt er, ob das Gesetz in einzelnen darunter begriffenen Fällen gerecht oder billig sey, so fällt er aus der ihm zugetheilten Rolle und dem Gesetzgeber in's Amt.

Der Ausspruch des Celsus: Benignius leges interpretendae sunt, quo voluntas earum conservetur [1]), enthält kein Wort davon, daß Gesetze der Billigkeit wegen einzuschränken sind; man könnte eben so gut dadurch beweisen, daß sie nach der Billigkeit zu erweitern sind, was Einige auch wirklich behauptet haben. Und in der That, dürfte die Billigkeit zur Auslegung des Gesetzes benutzt werden, warum sollte sie bloß zur Einschränkung des Gesetzes berechtigen, warum nicht auch zur Erweiterung? Und müßte man die Auslegung nach der Billigkeit, wenn sie bei Gesetzen Statt fände, nicht eben so bei allen anderen Arten von Willenserklärungen in Anwendung bringen? Aber die Stelle hat überhaupt mit der Billigkeit nichts zu schaffen. Sie lehrt bloß, was auch andere Stellen lehren, daß der

---

[1]) L. 18. D. de legibus.

Ausleger nicht strenge an den Worten des Gesetzes kleben, sondern auf den Willen des Gesetzgebers sehen soll. Dieß wird bestätigt durch die nächst vorhergehende Stelle, die ebenfalls von Celsus herrührt und so lautet:

Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem [2]).

Die anderen beiden Stellen beweisen eben so wenig. Sie könnten bloß dann etwa benutzt werden, wenn jener Satz, daß Gesetze der Billigkeit wegen einzuschränken sind, bereits anders wodurch bewiesen wäre. Endlich die Beispiele, wodurch bewiesen werden soll, daß die römischen Rechtsgelehrten beim Auslegen die angeführte Regel befolgt haben, bestätigen nicht einmal diese Behauptung, worauf übrigens nicht viel ankommen würde. Jene L. 40. D. de hered. pet. — die von den beiden angeführten Stellen hier nur allein in Betrachtung kommen könnte — zeigt weiter nichts, als gerade durch ihr Beispiel, wie verschieden die Ansichten der Einzelnen über Gerechtigkeit und Billigkeit sind, besonders wenn von der Anwendung des allgemein lautenden Gesetzes auf einzelne darunter begriffene Fälle die Rede ist. Gesetzt aber, die römischen Rechtsgelehrten hätten jene Regel befolgt, so wäre sie deshalb noch für uns keine Regel; die Art, wie sie beim Auslegen zu Werke gingen, dürfte uns nicht gerade zum Muster dienen; sie wäre wenigstens nicht bindend für uns.

Eine Einschränkung des Gesetzes aus dem Grunde der Unbilligkeit hat also nichts für sich: ja, sie würde mit jener, ebenfalls von Constantin herrührenden L. 1. C. de legibus in Widerspruch stehen, welche, ohne zwischen dem all-

---

[2]) L. 17. D. de legibus.

gemeinen und besonderen Gesetz zu unterscheiden, eine Auslegung, die aus dem Grunde der Unbilligkeit das Gesetz bei Seite setzt, mißbilligt.

§. 16.

Die kleine Stelle, die den Auslegern so große Mühe gemacht, und worauf sie ihre Theorie von der Billigkeit, als einem Hülfsmittel bei der Auslegung, hauptsächlich aufgebauet haben, die L. 8. C. de judiciis, ist eben nicht schwer zu versiehen. Die Schwierigkeit, die sie dem Ausleger erregt, rührt mehr daher, daß der Sinn, den die Stelle zu haben scheint, auffallend, als daß er dunkel ist. Sie würde uns nicht einen Augenblick beschäftigen, wenn wir es nur mit der Vernunft vereinigen könnten, daß es in den Augen des Gesetzgebers noch eine Regel geben sollte, die dem Richter über das Gesetz ginge.

Während die L. 1. C. de legibus, wovon früher die Rede war, sich auf die Auslegung des Gesetzes bezieht, bezieht diese sich auf die Anwendung desselben, nämlich auf die Entscheidung des einzelnen Rechtsfalles. Bezöge sie sich gleichfalls auf die Auslegung, so hätte sie schon gar nicht in den Titel de judiciis gehört; denn die Auslegung ist nicht das ausschließliche Geschäft des Richters, sondern auslegen muß das Gesetz überhaupt ein Jeder, der es befolgen soll. Die Stelle handelt nicht bloß von der Billigkeit, sondern auch von der Gerechtigkeit; von dieser ist primo loco, von jener nur secundo loco und, wie zur Gesellschaft, mit die Rede. Sie schreibt dem Richter — nicht dem Ausleger — vor, daß er bei Entscheidung des Rechtsfalles auf Gerechtigkeit und Billigkeit sehen soll und zwar noch mehr, als auf das strenge Recht. Hat Con=

stantin — denn von ihm rührt die Stelle her — der Gerechtigkeit und Billigkeit eine Lobrede halten, hat er bloß sagen wollen, der Richter müsse Gerechtigkeit und Billigkeit üben, sie müßten ihm in Fällen, wo es an Gesetzen fehlt, zur Richtschnur dienen, er müsse sie dem Range nach noch höher stellen, als selbst das geschriebene Gesetz? Oder hat er nicht vielmehr sagen wollen, wenn der Richter in einzelnen Fällen das (geschriebene) Gesetz ungerecht oder unbillig finde, müsse er sich darüber hinwegsetzen und demjenigen, was er für gerecht und billig erkenne, den Vorzug geben? Die Stelle kann nicht füglich anders verstanden werden, als so, zumal sie mit dem Ausspruch in L. 90. D. de reg. jur. übereinstimmt und das Anfangswort *Placuit* diese Auslegung unterstützt. Dann aber hat der Kaiser einen sehr gefährlichen Grundsatz aufgestellt — oder, wenn nicht zuerst aufgestellt, doch gut geheißen. Er hat dem Richter, der bloß den Beruf hat, nach den Gesetzen zu urtheilen, ein Urtheil beigelegt über sie, das ganze Gebäude des Rechts wankend und unsicher gemacht und den Beamten zum Gesetzgeber erhoben. Paßt das Gesetz nicht auf alle darunter begriffene Fälle, so gebührt es der höchsten Gewalt, welche die Gesetze zu geben hat, es einzuschränken oder abzuändern; nicht aber dem Richter, es bald anzuwenden, bald bei Seite zu setzen. Jene Regel ist vortrefflich, wenn bloß die Rede davon ist, dem Richter Gelegenheit zu geben, alle Willkühr, die er sich erlaubt, mit dem Ansehen des Gesetzes zu bedecken. Er darf nur sagen: Ich finde es gerecht, ich finde es billig, das Gesetz auf Fälle dieser Art nicht anzuwenden — und er wird es in vielen Fällen mit Recht sagen —, ich bin folglich genöthigt, davon abzuweichen; denn Constantin schreibt vor: Placuit in omnibus rebus praecipuam esse

justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem. Ja, mit dieser Regel kann man viel ausrichten. Kein Wunder daher, daß man schon früh durch Veränderung des Textes einen anderen Sinn hineinzubringen suchte; man schob hinter aequitas *scripta* ein und veränderte den Text, um ihn unverständlich zu machen [1]. Die Ausleger bezogen die Stelle auf die Auslegung, obgleich sie kein Wort von Auslegung enthält und diese hier nur einen bloßen Vorwand abgeben könnte. Auslegung des Gesetzes kann das immer nicht genannt werden, was besser Ergänzung und Verbesserung des Gesetzes zu nennen wäre. So allgemein, wie die Stelle lautet, würde sie auf jeden Widerstreit zwischen dem Gesetz und der Gerechtigkeit und Billigkeit Anwendung finden; wenn jenes auch noch so deutlich und ein so besonderes wäre, wie nur eins seyn kann, sobald nur ein kleiner Umstand, der im Gesetz nicht berührt wäre, das Gesetz unbillig erscheinen ließe, hätte das Gesetz für diesen Fall seine Kraft verloren. Dahin führt der Grundsatz, daß der Richter mehr auf Gerechtigkeit und Billigkeit, als auf das strenge Recht sehen sollte. Einen solchen Grundsatz müßte ein Gesetzgeber doch wenigstens nicht laut ausſprechen. Die Richter sind ohnehin schon geneigt, ihre Willkühr an die Stelle des Gesetzes zu setzen, und es thut mehr noth, sie im Zaum zu halten, als ihnen die Zügel schießen zu lassen.

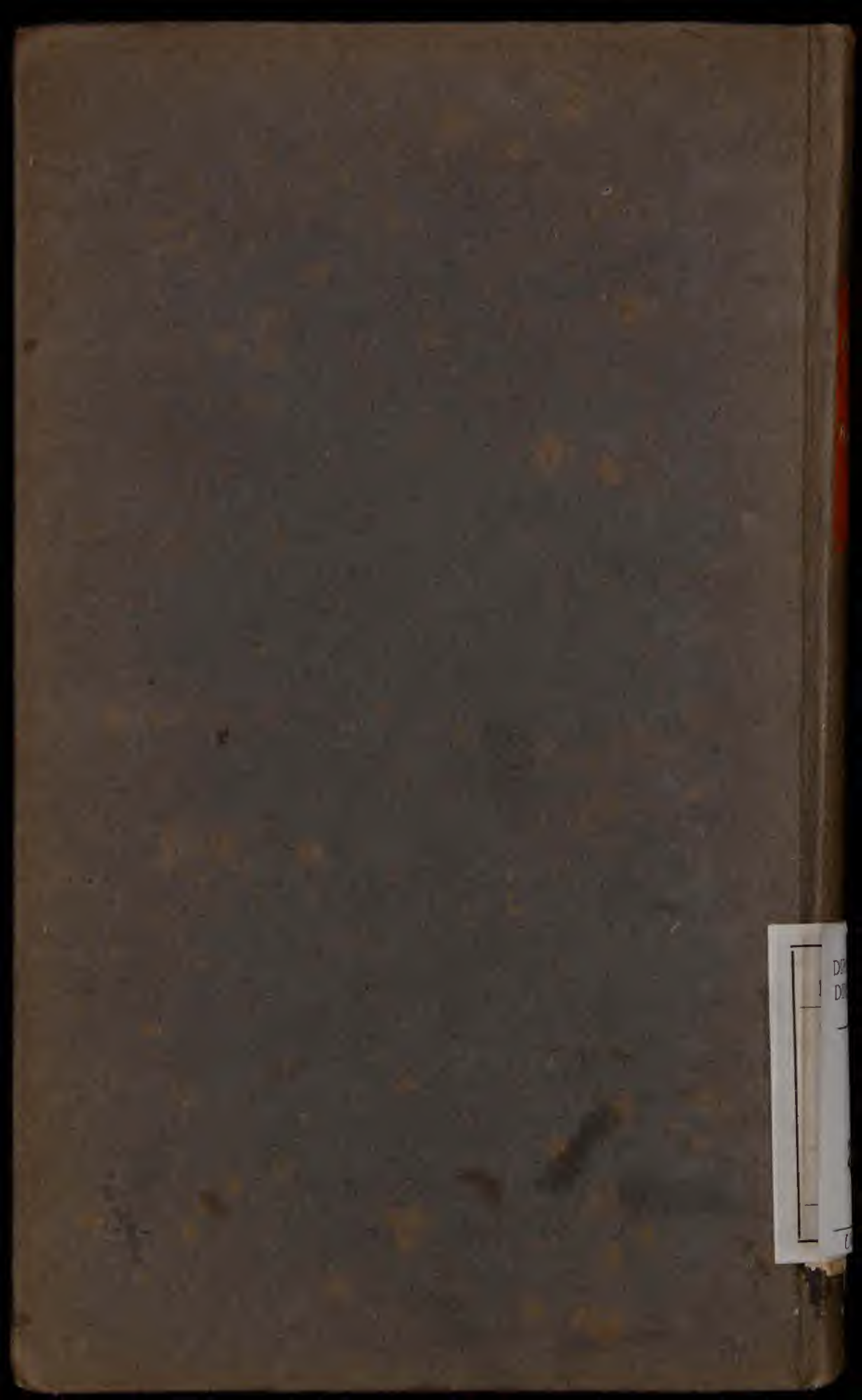
---

[1] Nichts desto weniger ging diese Veränderung in einige Handschriften und in die Haloandersche Ausgabe über.



Berlin, gedruckt bei A. W. Hayn.





Gesterdings

Nachforschun

6. 2.

tion noch eben so unpassend seyn, als die Vergleichung des Präclusivdecrets mit der Litiscontestation. Auch der Gerichtsgebrauch scheint die purgatio contumaciae bis zum Urtheil des Richters zuzulassen. Wenigstens schreibt Mevius [2]): *Potest purgari contumacia usque ad sententiam.*

Es entsteht aber eine andere Frage, die für die Lehre von der contumacia und deren Folgen eine Präjudicialfrage ist …

… der … Han… wer…



dazu hat, was kann das hier für einen Unterschied begründen [4])? Einer besonderen Erklärung des Richters nach dem Ungehorsam, daß dieß Recht dem Ungehorsamen nun nicht weiter zustehen solle, scheint es also nicht zu bedürfen; da dieß ja schon im voraus erklärt ist; wenigstens nicht in allen Fällen. Denn es würde wohl immer in Betrachtung kommen, was der Richter gedroht, wie er sich in ein… ausgedrückt hätte. Es würde einen …e, wenn du dich …et angenommen …lossen seyn, oder …ch nicht meldest, …schließen, dich …; in jenem Fall …uf der Frist von …gedrohten Er… …ssen nicht folgen, …ren Fall bis zur …ers die Handlung …von ihm verlangt …nehmen, hatte er …erloren, und wenn …en hat, würde er …olen können, ohne … Wenn dieser auch …och nicht binnen …

…torius est, qualis est …torius seu ad docen… …e suo praefixus; *Mev.* …34.